



KRAKOWSKA AKADEMIA
im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego

Wydział Prawa i Administracji
Kierunek: Prawo

Małgorzata Lampart

HISZPAŃSKIE PRAWO REKLAMY

Praca magisterska
napisana pod kierunkiem
Prof. dr hab. Janusza Szwaji

Kraków 2010

SPIS TREŚCI

WSTĘP	3
ROZDZIAŁ I. Zagadnienia ogólne	5
§1. Pojęcie reklamy	5
§2. Źródła prawa hiszpańskiego	6
§3. Źródła prawa reklamy	7
1. Przepisy krajowe	7
2. Normy autonomiczne	9
3. Przepisy wspólnotowe (unijne)	11
§4. Reklama, a hiszpański porządek konstytucyjny	13
1. Ramy konstytucyjne działalności reklamowej	13
2. Prawo do informacji	13
3. Reklama i swoboda działalności gospodarczej	15
4. Ograniczenia dotyczące reklamy przewidziane w przepisach konstytucyjnych	16
ROZDZIAŁ II. Katalog różnych form niedozwolonej reklamy	18
§1. Reklama niedozwolona	18
1. Reklama naruszająca porządek konstytucyjny	18
2. Reklama skierowana do dzieci	21
3. Reklama podprogowa	23
4. Reklama naruszająca przepisy szczegółowe	23
5. Reklama nieuczciwa	26
§2. Oszustwo w reklamie	29
1. Reklama wprowadzającą w błąd	29
2. Reklama ukryta oraz „ <i>product placement</i> ”	36
3. Reklama „rekomendująca” (<i>testimonial</i>)	38
4. Reklama porównawcza	40
§3. Klauzula generalna	44
§4. System samoregulacji	47
§5. Ustawa o reklamie względem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji	49
ROZDZIAŁ III. Odpowiedzialność z tytułu niedozwolonej reklamy.	51
§1. Odpowiedzialność cywilna	51
1. Nakaz zaprzestania reklamy	51
2. Sprostowanie	53
3. Zapłata odszkodowania i przywrócenie stanu sprzed naruszenia	54
4. Uczestnicy postępowania	54
§2. Odpowiedzialność administracyjna	55
§3. Odpowiedzialność karna	56
Zakończenie - uwagi końcowe	58
Aneks	60
Tekst hiszpańskiej ustawy o reklamie w oryginale	60
Hiszpańska ustawa o reklamie w moim tłumaczeniu	68
BIBLIOGRAFIA	80
Oświadczenie	86

WSTĘP

W latach sześćdziesiątych XX wieku Hiszpania znajdowała się w czołówce nowoczesnych państw europejskich pod względem przyjętych regulacji dotyczących reklamy. Na mocy Statutu Reklamy wydanego w 1964 roku, wprowadzono scentralizowany system administracyjnej kontroli nielegalnej reklamy, który następnie został zmodyfikowany, na mocy postanowień Konstytucji z 1978 roku, odbierającej niektóre uprawnienia kontrolne państwu i powierzającej je władzom lokalnym¹. Propozycje wspólnotowe uregulowania zagadnień dotyczących reklamy, a w szczególności Dyrektywa 84/450/EWG² następnie zmodyfikowana przez Dyrektywę 97/55/WE³ dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd oraz reklamy porównawczej, w pewnym stopniu wymusiły zmianę prawa hiszpańskiego. Statut z 1964 roku został uchylony przez ustawę Ogólne prawo reklamy (dalej w skrócie ustawę o reklamie) z 1988 roku, która mianem nielegalnej określa reklamę mogącą np. wprowadzić w błąd jej odbiorców, reklamę nieuczciwą, reklamę agresywną⁴. Tego rodzaju postępowanie uznaje się również za czyny nieuczciwej konkurencji, w ustawie z 1991 r. poświęconej tej właśnie materii, co prowadzi do niepewności, które prawo należy w danym przypadku stosować. Sądy hiszpańskie na ogół pozostawiają skarżącemu swobodę wyboru możliwych środków. To on może wybrać, która ustawa będzie miała zastosowanie. W niektórych sytuacjach reklama może zostać uznana za czyn nieuczciwej konkurencji i nieuczciwej reklamy jednocześnie, wówczas osoba skarżąca może skorzystać ze środków prawnych przewidzianych w obu ustawach. Aby łagodzić problem kolizji obu ustaw oraz skutki jakie mogą z tego powodu powstać, wprowadzono pewne zmiany do ustawy o reklamie, które obowiązują od 1 stycznia tego roku. O konsekwencjach tej nowelizacji będzie mowa w dalszej części mojej pracy.

Kolejnym zagadnieniem stwarzającym wątpliwości w tej dziedzinie jest ustrój polityczny Hiszpanii. Podział na 17 wspólnot autonomicznych, z których każda posiada oddzielne kompetencje w kwestii reklamy sprawia, że brak jest tutaj jedności. Odmienności uregulowań dotyczących określonych produktów, np. alkoholu czy

¹ João Miranda de Sousa, Patricia Herrero, *Mapping the labyrinth: advertising regulation in Spain*, World Trademark Review, grudzień/styczeń 2010, str. 76-77

² Dz. Urz. L 250 z 19. 09. 1984 r. str. 17

³ Dz. Urz. L 290 z 23. 10. 1997 r. str. 18

⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l34-1988.html

wyrobów tytoniowych⁵, jakie występują w poszczególnych regionach skutkują tym, że ta sama reklama może być uznana za zgodną z prawem w jednym regionie Hiszpanii, podczas gdy w innym już niekoniecznie⁶. Wreszcie, mimo iż na mocy Ustawy o reklamie ustanowiono sądową kontrolę zgodności reklamy z prawem, w kwestii poszczególnych produktów czy usług odpowiednie uprawnienia należą do władz administracyjnych, co w praktyce stwarza niebezpieczeństwo wydania wielu sprzecznych ze sobą decyzji.

System prawny regulujący reklamę, oparty jest w głównej mierze na systemie prawa sądowego. Z tego powodu, osoby zajmujące się tą dziedziną na co dzień, zmuszone są do ciągłego śledzenia orzeczeń sądowych, decyzji władz administracyjnych, organów samorządowych oraz Stowarzyszenia nadzorującego poprawność reklamy jakim jest w Hiszpanii *Asociación de Autocontrol de la Publicidad* (dalej zwanego jako *Autocontrol*). *Autocontrol* jest jednostką prywatną, która nadzoruje reklamę, utrzymując jednocześnie etyczne standardy ustanawiane przez Komisję Europejską a także zapewnia pozasądową drogę rozwiązywania powstałych sporów. Zrzesza członków będących przedstawicielami głównych reklamodawców, agencji reklamowych i mediów. *Autocontrol* jest członkiem Europejskiego Porozumienia ds. Standardów Reklamy (EASA), do którego zdań należy aktywna promocja zasad uczciwej reklamy na terenie Europy.

Z tych wszystkich powodów, forma hiszpańskiej regulacji reklamy często jest określana jako „nadmiar zastrzeżeń prawnych”, dlatego każda sprawa dotycząca nielegalnej reklamy powinna zostać rozpatrzona w sposób rygorystyczny i indywidualny⁷.

⁵ np. w Kraju Basków reklama wyrobów tytoniowych w radiu jest zabroniona w godzinach między 8 rano a 10 wieczorem.

(http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf)

⁶ <http://www.auc.es/Documentos/Publicaciones/alcohol.pdf>

⁷ João Miranda de Sousa, Patricia Herrero, *Mapping the labyrinth: advertising regulation in Spain*, *World Trademark Review*, grudzień/styczeń 2010, str. 76-77

ROZDZIAŁ I. Zagadnienia ogólne

§1. Pojęcie reklamy

W piśmiennictwie hiszpańskim nie wytworzyła się dotąd jednolita definicja reklamy, dlatego też mogę w tym miejscu wskazać jedynie próby zdefiniowania tego pojęcia. Według definicji umieszczonej w słowniku języka hiszpańskiego, reklama to całokształt środków stosowanych w celu rozpowszechnienia lub spopularyzowania wiadomości o przedmiotach lub zdarzeniach. W innym znaczeniu, bardziej istotnym ze względu na przedmiot niniejszej pracy: rozpowszechnianie wiadomości lub ogłoszeń o charakterze komercyjnym w celu pozyskania potencjalnych klientów, publiczności, użytkowników, etc.⁸

Definicję legalną reklamy zawiera art. 2 ustawy o reklamie, zgodnie z którym, za reklamę uważa się *każdą formę komunikacji, realizowaną przez osobę fizyczną lub prawną, publiczną lub prywatną, w wykonywaniu swojej działalności handlowej, przemysłowej, rzemieślniczej lub zawodowej w celu wspierania w sposób bezpośredni lub pośredni sprzedaży dóbr ruchomych lub nieruchomości, usług, praw lub zobowiązań*⁹. Tak więc możemy wyróżnić 4 elementy składowe prawnego pojęcia reklamy:

- forma komunikacji,
- realizowana przez osobę fizyczną lub prawną,
- w wykonywaniu swojej działalności,
- mająca na celu zwiększenie sprzedaży¹⁰.

Ze względu na to, iż definicja prawna reklamy obejmuje swoim zakresem jedynie działalność gospodarczą (handlową), nie stosuje się jej do pozostałych form reklamy jak np. reklama społeczna czy polityczna.

Próbę zdefiniowania zjawiska reklamy odnajdziemy również w wydanej przez Stowarzyszenie Reklamodawców Hiszpańskich publikacji, gdzie określono reklamę jako: *formę komunikacji komercyjnej masowej lub indywidualnej, której celem jest poprzez informację lub/i perswazję, promowanie w sposób pośredni lub bezpośredni, sprzedaży dóbr lub usług*¹¹. Jak łatwo zauważyć, jest to definicja bardzo zbliżona do

⁸ www.rae.es słownik języka hiszpańskiego, 22 edycja, 2001 r.

⁹ Propozycja tłumaczenia niniejszego przepisu mojego autorstwa.

¹⁰ <http://ares.cnice.mec.es/informes/12/contenido/pagina%2042.htm#3.3>

¹¹ „*Impacto económico de la publicidad en España*” str. 26 powołano na stronie internetowej: <http://ares.cnice.mec.es/informes/12/contenido/pagina%2042.htm#3.3>

zawartej w ustawie.

Inni przedstawiciele doktryny hiszpańskiej np. Díez de Castro, Martín Armario czy Sánchez Franco uważają iż reklama to „całokształt symboli, dźwięków, kolorów i obrazów, poprzez które komunikuje się korzyści lub atrybuty związane z ofertą”¹².

Wszystkie wymienione definicje łączy jeden element – cel jaki usiłuje się osiągnąć za pomocą reklamy. Bez wątpienia pozyskanie nowych klientów przekłada się na zwiększenie sprzedaży i zysków. Dobra reklama stanowi obecnie skuteczne narzędzie mające skierować uwagę swoich odbiorców na oferowany produkt.

Ze względu na to, iż cele i funkcje reklamy oraz jej znaczenie w Hiszpanii nie odbiegają od tych przyjętych w Polsce, więcej, uważam iż są one powszechnie znane i nie stwarzają żadnych wątpliwości, postanowiłam pominąć je w niniejszej pracy.

§2. Źródła prawa hiszpańskiego

Katalog źródeł prawa hiszpańskiego powinien być zawarty w przepisach konstytucyjnych, jednakże z powodów historycznych znajdziemy je w kodeksie cywilnym, a to za sprawą tego, iż w XIX wieku konstytucja nie posiadała znaczenia prawnego. W tym czasie za prawo uważano prawo prywatne, poddane w głównej mierze pod rządę Kodeksu Cywilnego.

Wedle tego co stanowi hiszpański kodeks cywilny, do źródeł prawa zaliczamy:

- a) Ustawy (prawo) – rozumiane jako każda zapisana zasada prawna pochodząca od państwa.
- b) Zwyczaj – aby móc uznać zwyczaj za prawo musi występować *opinio iuris*, czyli przekonanie, że panujący zwyczaj znajduje odzwierciedlenie w obowiązujących przepisach a także praktyka jego stosowania, wymagania bardzo zbliżone do tych, które występują w prawie międzynarodowym. Zwyczaj znajduje zastosowanie w celu wypełnienia luki w prawie, nigdy nie może pozostawać w sprzeczności z moralnością i porządkiem publicznym.
- c) Ogólne zasady prawa – stosowane w przypadku braku rozwiązań prawnych lub zwyczaju¹³. Uzyskuje się je *per analogiam iuris* polegającej na zastosowaniu określonej zasady prawa (należącej do całego systemu prawnego lub jego

¹² Powoływani w : Ignacio Rodríguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008, str. 94, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹³ Olga Cabrero, *Features - a guide to Spanish Legal System*, opublikowano 15 stycznia 2002 na stronie internetowej: <http://www.llrx.com/features/spain.htm#sources>

części) do sytuacji, która nie jest prawnie unormowana¹⁴.

- d) Orzecznictwo Sądu Najwyższego – nie w pełni uważane jest za źródło prawa, jednakże art. 1 ust. 6 Kodeksu Cywilnego stanowi, że utrwalone orzecznictwo Sądu Najwyższego uzupełnienia system prawny przy interpretacji i stosowaniu ustaw, zwyczajów i ogólnych zasad prawa¹⁵.

Mówiąc o źródłach prawa hiszpańskiego, trzeba ustanowić rozróżnienie między źródłem pochodzenia prawa, traktowane jako miejsce z którego to prawo się wywodzi (źródło wytworzenia prawa) oraz źródłem wypowiedzenia prawa w odpowiedniej formie, gdzie zdobywamy informacje pozwalające nam to prawo poznać (źródło poznania prawa)¹⁶. Hiszpańskie prawo powstaje głównie w wyniku działań władzy ustawodawczej, zwyczajów i generalnych zasad prawa.

Władza ustawodawcza w Hiszpanii należy do Parlamentu - Kortezów Generalnych (*Cortes Generales*), składającego się z dwóch izb: Kongresu Deputowanych (*Congreso de los Diputados*) i Senatu (*Senado*). Każda ustawa aby wejść w życie musi zostać zaaprobowana przez obie izby oraz zatwierdzona przez króla i opublikowana w Dzienniku Urzędowym Boletín Oficial del Estado (dalej BOE).

§3. Źródła prawa reklamy

1. Przepisy krajowe

Złożoność i wieloznaczność cechująca fenomen reklamowy sprawia, że przepisy dotyczące reklamy, możemy znaleźć w wielu ustawach, jednakże ustawodawca hiszpański postanowił potraktować zagadnienie reklamy jako dziedzinę, która zasługuje na odrębną i kompleksową regulację prawną. Było to rozwiązanie odmienne od przyjętych w większości innych państw. Cały proces rozpoczął się w roku 1964, kiedy to opublikowano Statut reklamy, ustanawiając za jego pośrednictwem podstawowe zasady dotyczące reklamy:

- Zasadę legalności – wymóg aby żaden z elementów reklamy nie naruszał prawa.
- Zasadę wiarygodności, zgodnie z którą wszelkie oświadczenia zawarte w reklamie powinny odpowiadać rzeczywistości.
- Zasadę autentyczności stanowiącą, że każdy przekaz reklamowy musi być

¹⁴ Luis Prieto Sanchís, *Introducción al derecho*, Castilla – La Mancha 1996, str. 24, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁵ Art. 1 ust. 6 hiszpańskiego Kodeksu Cywilnego, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/cc.html

¹⁶ Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona 2000, str. 43-49, (źródło: <http://books.google.es/books>)

możliwy do odróżnienia od innych przekazów o charakterze wyłącznie informacyjnym.

- Zasadę wolnej konkurencji bezpośrednio związaną z ochroną konsumentów, która poddaje reklamę zasadom panującym na rynku, zakazując przy tym reklamy nieuczciwej¹⁷.

W tym miejscu wypada podkreślić iż stosowanie Statutu reklamowego ograniczało się w tym czasie jedynie do tzw. „reklamy komercyjnej”¹⁸. Obecnie definicja legalna reklamy dotyczy wyłącznie reklamy gospodarczej (handlowej) – patrz str. 3.

Pomimo pewnych niedociągnięć i braku systematyczności w układzie Statutu, mimo wszystko zdecydowano się na jego promulgację. Takie rozwiązanie podyktowane było wieloma względami. Po pierwsze, poddanie prawa do informacji mocnym ograniczeniom zapewniało ustawodawcy możliwość kontroli komunikacji handlowej, która odtąd nie mogła już maskować obiegu informacji będących wówczas nie do przyjęcia ze względu na panujący system polityczny. Po drugie, rozwój nowoczesnego rynku jaki rozpoczął się około 1960 roku oraz stopniowe pobudzanie ekonomii sprawiły, że reklama zyskała znaczenie ekonomiczne i społeczne, dotąd nieznane. Wreszcie, dorobek prawny w tych czasach był dość ubogi w przepisy dotyczące tych dziedzin z którymi reklama się łączy, zalicza się do nich w szczególności zagadnienia nieuczciwej konkurencji czy ochrony konsumenta¹⁹.

Mimo iż owa szczególna ustawa przyniosła wiele pozytywnych zmian na rynku usług reklamowych, sposób w jaki uregulowano w niej zagadnienia dotyczące reklamy okazały się nieodpowiednie i dlatego uchylono ją poprzez wydanie nowej ustawy o reklamie, *Ley General de Publicidad* z 11 listopada 1988 roku²⁰. Konieczność wprowadzenia nowej ustawy dotyczącej reklamy tłumaczono często tym, że dotychczasowa była niezgodna z konstytucją z 1978 roku, a także wymogiem wcielenia do hiszpańskiego porządku prawnego dyrektywy wspólnotowej dotyczącej reklamy wprowadzającej w błąd. Przeciwnicy takich zmian utrzymują natomiast, że nowa ustawa o reklamie (*Ley General de Publicidad*) stanowi krok w tył w stosunku do uregulowań zawartych w Statucie oraz krytykują ją za gorszą jakość techniczno - prawną norm w niej zawartych. Ich zdaniem, tylko niektóre przepisy Statutu nie mogły

¹⁷ Art. 6 Statutu reklamy (*Estatuto de la publicidad*), BOE nr 143 z 15 czerwca 1964, str. 7804-7808

¹⁸ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 31, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁹ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 62

²⁰ W dalszej części pracy będę ją określać jako „ustawa o reklamie”, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I34-1988.html

mieć zastosowania w nowym porządku prawnym a dostosowanie norm do dyrektywy, o której mowa wyżej wymagało jedynie jego lekkiego retuszu²¹.

Obowiązujące przepisy składające się na całą ustawę o reklamie wydają się być moim zdaniem zbyt pobieżne, jednak dzięki takiej konstrukcji, możliwe staje się współistnienie innych aktów normatywnych, bardziej szczegółowych a także takich, które bezpośrednio nie zajmują się reklamą, ale zawierają rozwiązania które pośrednio się z nią łączą, np. bezpieczeństwo na drogach, ochrona środowiska, dorobku historycznego i artystycznego czy handel pewnymi dobrami lub usługami.

Oprócz ustaw zajmujących się zagadnieniem reklamy, mogą być również wydawane rozporządzeniach ministrów. Jednakże tego typu akt normatywny, będący aktem niższego rzędu, jest całkowicie podporządkowany ustawie a w przypadku wystąpienia jakiegokolwiek niezgodności między nimi, to ustawie będzie przysługiwało pierwszeństwo.

Nie można także zapomnieć, że reklama zawiera się i korzysta z ochrony konstytucyjnie przyznanych praw do swobody działalności gospodarczej oraz do informacji. Tak więc każda regulacja mająca na celu poddanie reklamy jakimkolwiek ograniczeniom powinna pozostawać w zgodzie z postanowieniami Konstytucji hiszpańskiej.

Do źródeł prawa reklamy należy także zaliczyć w szczególności przepisy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji²², które po nowelizacji jaka miała miejsce w styczniu tego roku²³ bezpośrednio dotyczą zagadnień reklamy, a także ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników²⁴ - te już wprawdzie nie odnoszą się do niej wprost, ale regulują dziedziny w pewnym stopniu z nią związane, np. art. 61 ust. 2 ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników stanowi, iż właściwości reklamowanego produktu mogą być dochodzone przez konsumentów i użytkowników, nawet w sytuacji, gdy nie umieszczono ich w umowie. Z takiego sformułowania przepisu, można więc wywnioskować, że cechy i właściwości produktu o jakich mowa w reklamie, stanowią integralną część umowy z konsumentem.

2. Normy autonomiczne

Z chwilą wejścia w życie Konstytucji z 1978 roku, Państwo jest tak

²¹ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 62-63

²² http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-1991.html

²³ Ley 29/2009 z 30 grudnia 2009 r. modyfikująca ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawę o reklamie, w celu zapewnienia lepszej ochrony konsumentów i użytkowników, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/13-1991.html

²⁴ Real Decreto Legislativo 1/2007 z 16 listopada 2007 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rdleg1-2007.html

zorganizowane, że kompetencje do stanowienia prawa oprócz parlamentu, należą często do wspólnot autonomicznych, których jest w Hiszpanii 17. Podział terytorialny istniejący na mocy art. 2 Konstytucji, przyznaje i gwarantuje autonomię regionów i narodowości a także solidarność między nimi, deklarując przy tym niepodzielność Narodu hiszpańskiego²⁵. Co więcej podział ten odzwierciedla związki historyczne i narodowościowo-językowe łączące ludność zamieszkującą poszczególne regiony. Dwa z nich, Kraj Basków i Katalonia, cieszą się największą autonomią²⁶ i należą do najbardziej rozwiniętych gospodarczo i uprzemysłowionych regionów Hiszpanii.

Dla każdej ze wspólnot istnieje Statut, który jest „prawem organicznym”, konkretyzuje on postanowienia zawarte w Konstytucji odpowiednio do organizacji i uprawnień każdej ze wspólnot. Kompetencje poszczególnych wspólnot mogą się różnić między sobą, bywa tak, że w niektórych dziedzinach wspólnoty autonomiczne posiadają kompetencje wyłączne, natomiast w innych dzielą je z państwem. Wykonywanie powierzonych zadań przez organy wspólnot autonomicznych wymaga, aby te posiadały stosowną władzę. Odnosnie niektórych dziedzin przysługuje im jedynie władza wykonawcza, natomiast kompetencje legislacyjne możemy pogrupować w następujący sposób:

- a) kompetencje konkurencyjne: gdy poszczególne dziedziny znajdują się w sferze uprawnień zarówno państwa jak i Wspólnot Autonomicznych (np. kultura),
- b) kompetencje podzielne: przepisy pochodzą od państwa, stanowią swoistą bazę a rozwija je region (np. prawo cywilne, ochrona środowiska),
- c) kompetencje wyłączne: określone kwestie mogą być regulowane wyłącznie przez władze państwowe (np. prawo własności intelektualnej i przemysłowej) bądź przez władze autonomiczne (np. transport kolejowy)²⁷.

Co ciekawe, przepisy wydawane przez władze autonomiczne wypierają przepisy państwowe, jeżeli regulują dziedziny poddane wyłącznej kompetencji regionu. W przypadku kolizji, przepisy państwowe nie korzystają z pierwszeństwa, a to jaki przepis znajdzie zastosowanie, zależy od tego czyim uprawnieniem jest normowanie określonej materii. Jeżeli chodzi o kwestię reklamy z tych 17 wspólnot tylko 9 wyraźnie utrzymuje, że reklama jest dziedziną poddaną ich wyłącznej władzy, z czego 6 z nich przyznaje sobie władzę ustawodawczą a 3, tylko wykonawczą. Pozostałe 8 w swoich

²⁵ Konstytucja hiszpańska z 27 grudnia 1978 roku, BOE nr 311 z 29 grudnia 1978 r., str. 29313- 29424, www.boe.es

²⁶ Maria Supera- Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, Warszawa 2009, str. 28

²⁷ Ibidem, str. 31

Statutach nie odnoszą się do reklamy, lecz regulują dziedziny z nią związane jak np. ochrona konsumentów²⁸. W takiej sytuacji można zastanawiać się czy Ustawa o reklamie z 1988 roku i jej stosowanie na całym terytorium państwa nie godzi w uprawnienia wspólnot autonomicznych? Podobne pytanie zostało skierowane do Trybunału Konstytucyjnego, jednak ten orzekł, że w tym przypadku nie doszło do żadnego naruszenia Konstytucji, w związku z czym utrzymuje się konieczność jednakowego traktowania reklamy na całym terytorium kraju²⁹. Co więcej konstytucyjna zasada jedności rynku, w oparciu o którą orzekł Trybunał, korzysta z pierwszeństwa w każdym przypadku, a więc w pewnym stopniu ogranicza uprawnienia przyznane wspólnotom autonomicznym. Wydaje się więc, że w państwie tak zróżnicowanym i podzielonym, niemożliwym jest jednakowe postrzeganie i regulacja reklamy, ponieważ o określonych jej aspektach decydują wyłącznie władze autonomiczne, natomiast w pozostałym zakresie – państwo. Przypadek Hiszpanii dostarcza więc pewnych wątpliwości co do sensu i powodzenia idei jednolitego i zharmonizowanego uregulowania określonych kwestii przez Państwa należące do Unii Europejskiej.

3. Przepisy wspólnotowe (unijne)

Dążenie państw Unii Europejskiej do utworzenia jednolitego rynku, a co za tym idzie, zapewnienia swobody przepływu osób, kapitału, towarów i usług wymagało ujednolicenia przepisów prawnych w tym zakresie. Cały proces rozpoczęto oficjalnie 25 marca 1957 roku, kiedy to podpisano w Rzymie Traktat ustanawiający Europejską Wspólnotę Gospodarczą. Od tej pory wydano szereg przepisów mających zapewnić osiągnięcie celu.

Władze Unii Europejskiej posiadają uprawnienia do wydawania przepisów, które mogą przyjąć postać rozporządzeń lub dyrektyw. Rozporządzenia w sposób wyczerpujący regulują określone dziedziny i wydawane są w celu ujednolicenia przepisów prawnych wszystkich państw członkowskich, dotyczą wszystkich obywateli jak i państwa i zobowiązują władze publiczne państw członkowskich do ich stosowania. Dyrektywy natomiast stanowią mniej agresywną formę wywierania wpływu na rozwiązania prawne należących do Unii Europejskiej państw członkowskich. Jako że zawierają one jedynie ogólne wskazania celu jaki ma zostać osiągnięty, to do państw członkowskich należy dobór środków najbardziej odpowiednich ze względu na porządek prawny, wartości i cele odpowiadające charakterowi i tradycji swoich

²⁸ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 65

²⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygnaturze: STC 146/1996 z 19 września 1996 r., BOE nr 254 z 21 października 1996 r., www.boe.es

obywateli³⁰. Ponieważ dyrektywy wiążą jedynie państwa, ich adresatami nie są wspólnoty autonomiczne ani tym bardziej obywatele. To władza ustawodawcza decyduje o zmianach jakie są konieczne aby dostosować obowiązujące prawo do zaleceń dyrektywy. Sądy i trybunały nie są co do zasady powołane do stosowania dyrektyw przy wykonywaniu swoich zadań z zakresu rozwiązywania sporów. Termin w jakim ma zostać dokonana transpozycja dyrektywy do krajowego porządku prawnego określany jest w jej treści i na ogół wynosi od roku do 3 lat. Bezskuteczny upływ terminu naraża państwo na sankcje finansowe czy też odpowiedzialność odszkodowawczą.

Omawiając zagadnienia dotyczące reklamy, oraz wpływ przepisów wspólnotowych na ustawodawstwo hiszpańskie, najwięcej uwagi, oprócz regulacji bezpośrednio dotyczącej reklamy, poświęcę przepisom z zakresu konkurencji rynkowej. Konkurencja rynkowa z pewnością jest jednym z podstawowych warunków sprawnie działającego rynku i dlatego w celu stworzenia jednolitego rynku na całym terytorium Unii Europejskiej powinno się w pierwszej kolejności ujednolicić rozwiązania jej dotyczące.

Pierwotnie Europejska Wspólnota Gospodarcza (EWG), a obecnie Unia Europejska rozpoczęła opracowywanie dyrektyw w celu wprowadzenia rynku wewnętrznego, ponieważ istniejące wówczas regulacje państw członkowskich odnośnie tej materii w znacznym stopniu różniły się między sobą obniżając w ten sposób sprawność jego funkcjonowania. W tym miejscu wspomnę jedynie o najważniejszych dyrektywach jakie miały bezpośredni wpływ na regulacje dotyczące hiszpańskiego prawa reklamy.

Dyrektywa 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 roku o reklamie wprowadzającej w błąd³¹, była często powoływana w doktrynie hiszpańskiej aby wypromować ogłoszenie Ustawy o reklamie. Z biegiem lat zaczęto dostrzegać pozytywne aspekty reklamy porównawczej co poskutkowało wydaniem Dyrektywy 97/55/WE z 6 października 1997 roku³² modyfikującą Dyrektywę 84/450/EWG dodając do niej reklamę porównawczą. Rozwiązania w niej przyjęte w niektórych, mało znaczących aspektach różniły się od tych w hiszpańskiej ustawie o reklamie, jednakże zmieniono ją tak, aby była w pełni zgodna ze wskazaniami dyrektywy.

Dyrektywą o bardzo dużym wpływie i znaczeniu dla unormowania reklamy była

³⁰ Jan Barcz red. *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, str. 210-213

³¹ Dz. Urz. WE L 250, 19/09/1984, str. 17

³² Dz. Urz. WE L 290, 23/10/1997, str. 18

Dyrektywa 89/522/EWG³³ następnie zmieniona Dyrektywą 97/36/WE³⁴ z 30 czerwca 1997 roku dotyczącą wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej. Zaowocowały one Ustawą z 12 czerwca 1994 roku następnie modyfikowaną przez Ustawę z 7 lipca 1999 i z 28 października 2002 roku³⁵.

Kolejną Dyrektywą zasługującą na uwagę była 92/28/EWG³⁶ z 31 marca 1992 w sprawie reklamy produktów leczniczych przeznaczonych dla ludzi. Należy wskazać że dyrektywa odnosząca się do wyrobów tytoniowych została unieważniona przez Europejski Trybunał Sprawiedliwości w Luksemburgu, ponieważ ograniczenia w niej zawarte były przeciwstawne wolności przepływu towarów. Europejski Trybunał Sprawiedliwości jako gwarant wolności zawartych w traktacie o Unii Europejskiej, nadzoruje nie tylko czy dyrektywy nie naruszają tych wolności ale też czy transpozycja tych dyrektyw została dokonana przez państwa we właściwy sposób. Konsekwentnie, rozwiązania jakie mogą zostać uznane za ograniczające reklamę przyjęte przez Hiszpanię, a w niektórych przypadkach przez wspólnoty autonomiczne trzeba oceniać w świetle kryteriów ETS³⁷.

§4. Reklama, a hiszpański porządek konstytucyjny

1. Ramy konstytucyjne działalności reklamowej

Relacje między kupującymi i sprzedającymi opierają się na wolności komunikowania się, jednak wraz z postępem technologicznym kontakt osobisty między nimi zastępuje reklama. Działalność reklamowa realizuje się pod ochroną dwóch praw zasadniczych zawartych w Konstytucji hiszpańskiej z 1978 roku. Są to prawo do informacji oraz swoboda działalności gospodarczej. Realizacja reklamy stanowi więc rozwinięcie tych praw, które ze względu na swój charakter przysługują wszystkim.

2. Prawo do informacji

W doktrynie panuje pogląd że w art. 20 Konstytucji hiszpańskiej zawarto dwa prawa: wolność słowa (art. 20 ust. 2 lit. a) i prawo do informacji (art. 20 ust. 1 lit. d). Brzmienie tego przepisu jest tożsame z Powszechną deklaracją praw człowieka z 1948 r. a także z odpowiednimi przepisami konstytucji krajowych państw demokratycznych. Prawo do informacji stanowi zasadniczy filar każdego społeczeństwa wolnego, pluralistycznego i demokratycznego, jest narzędziem niezbędnym dla uczestnictwa

³³ Dz. Urz. WE L 298, 17/10/1989, str. 23

³⁴ Dz. Urz. WE L 202, 30/07/1997, str. 60

³⁵ Ley 39/2002 z 28 października 2002 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/l39-2002.html

³⁶ Dz. Urz. WE L 113, 30/04/1992, str. 13

³⁷ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, op. cit., str. 69

obywateli w życiu publicznym. Pod prawem do informacji rozumie się zarówno wolność wyrażania myśli, idei i opinii (wolność słowa), jak i wolność komunikowania i odbierania prawdziwych informacji (prawo do informacji dotyczących faktów). Połączenie tych obu praw stanowi wiadomość, którą się rozpowszechnia. Przekaz reklamowy jest wiadomością kompleksową, która zwykle zawiera fakty, idee, opinie, elementy perswazyjne, jak i informacyjne. W tym miejscu pragnę podkreślić, iż dla znacznej liczby przedstawicieli doktryny wolność słowa ogranicza się wyłącznie do działalności w sferze politycznej, socjologicznej, filozoficznej i kulturalnej. Można więc zastanawiać się czy wolność słowa to prawo publiczne czy ze względu na jego nieodzowność w systemie demokratycznym stanowi ono gwarancję instytucjonalną³⁸.

Prawo do informacji jest jednym z ważniejszych praw człowieka, przysługuje każdej jednostce ludzkiej. Fakt włączenia reklamy w sferę ochrony prawa do informacji ma swoje odbicie również w orzecznictwie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka z siedzibą w Strasburgu czego przykładem jest orzeczenie wydane w sprawie Casado Coca przeciwko Hiszpanii³⁹. W przedmiotowej sprawie rozpatrywano skargę hiszpańskiego adwokata, który ogłaszał się w gazetach, za co został ukarany przez Radę Adwokacką Barcelony. Casado Coca, nie zgadzając się z taką decyzją Rady, odwoływał się do Naczelnej Rady Adwokackiej, Sądu Najwyższego oraz Trybunału Konstytucyjnego, jednak żaden z tych organów nie dopatrywał się naruszeń. Wówczas, zdecydował się on na złożenie skargi do Europejskiego Trybunału Praw Człowieka, który wbrew jego żądaniom orzekł, iż w tym wypadku nie miało miejsca naruszenie art. 10 Konwencji o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności⁴⁰, a czynności władz hiszpańskich były uzasadnione i proporcjonalne.

W żadnym hiszpańskim akcie normatywnym, a już na pewno nie w art. 20 Konstytucji hiszpańskiej nie znajduje się jakiegokolwiek ograniczenie zasięgu prawa do informacji ze względu na jej rodzaj czy cel. Przeciwnie, ogólnikowość postanowień art. 20 Konstytucji wyraża obojętność względem środków użytych w celu rozpowszechnienia wiadomości. Można więc jedynie zastanawiać się czy reklama mieści się w zakresie wolności słowa, czy prawa do informacji. Odpowiedzi w tej sprawie udziela orzecznictwo. Zgodnie z twierdzeniem hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego,

³⁸ Juan José Solozábal Echavarría, *Revista Española de derecho constitucional, La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*, nr 32, rok 1991, str. 73-113
(źródło: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_032_073.pdf)

³⁹ Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Casado Coca przeciwko Hiszpanii, wyrok z 24 lutego 1994 r., *Yearbook of the European Convention of Human Rights*, vol 37, 1996 r., str. 182 (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁴⁰ Dz. U. 1993 r. Nr 61 poz. 284

reklama nie korzysta z ochrony prawa do informacji z art. 20 ust. 1 lit. d Konstytucji, ponieważ zapewnia ono wolność i prawdziwość przekazywania informacji, na podstawie których obywatele kształtują swoje opinie⁴¹. Podobne zdanie na ten temat wyraził Sąd Najwyższy stanowiąc iż „ reklama jako środek pozyskiwania klienteli nie oznacza wykonywania działalności rozumianej jako prawo fundamentalne zawarte w art. 20 Konstytucji, z tego powodu, iż nie wyraża się za jej pośrednictwem myśli, idei czy opinii, tylko działalność zawodową”⁴².

Obecnie reklama zmienia się w pewną dziedzinę o niewątpliwym nachyleniu socjologicznym, stanowi źródło informacji i poznania zwyczajów, przyzwyczajęń i stylu życia społeczeństw często też posiada wymiar artystyczny. Z tego powodu można zaakceptować stanowisko zgodnie z którym, w procesie informacyjno - reklamowym mogą ukształtować się pewne twory czy dzieła podlegające regulacji prawa do twórczości literackiej, artystycznej, naukowej i technicznej, które to prawo także zostało zawarte w art. 20 Konstytucji (ust. 1 lit. b). Zawartość prawa do informacji jest elastyczna i zależy od dziedziny komunikacji. Nie każdy sposób komunikacji podlega tym samym zasadom i prawom. Dziedziny których najczęściej dotyczy reklama, to np.: bezpieczeństwo dzieci, ochrona zdrowia, ochrona konsumentów i użytkowników (odpowiednio art. 39 ust. 4, art. 45 i art. 51 Konstytucji hiszpańskiej)⁴³.

3. Reklama i swoboda działalności gospodarczej

Swobodę działalności gospodarczej gwarantuje art. 38 Konstytucji uniemożliwiając jakąkolwiek formę regulacji autorytatywnej i biurokratycznej w stosunku do działalności ekonomicznej. Rynek dostarcza nam wiadomości w temacie ilości i jakości określonych produktów, ich cen a także zapotrzebowania na nie. Bez możliwości udzielania informacji o produktach a także opinii o nich, poprawne funkcjonowanie konkurencji byłoby niemożliwe. Prawo do swobody działalności gospodarczej przysługuje każdej osobie, bez względu na to czy jest ona osobą fizyczną czy prawną. Przedmiotem tego prawa - wolności jest każda działalność ekonomiczna realizowana na rynku. Swoboda organizacji będąca częścią składową swobody działalności gospodarczej obejmuje również wolność komercjalizacji swoich

⁴¹ Wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego o sygnaturze: STC 87/1987 z 2 czerwca 1987 roku, (podobnie w wyroku z 17 kwietnia 1989), opublikowany w BOE 25 czerwca 1987 r.

⁴² Wyrok hiszpańskiego Sądu Najwyższego, sygnatura: RJ 1988/7252 z 23 września 1988 roku, sala 3. powoływany w: Jose Luis Garcia Guerrero, *La publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordenamiento constitucional Español*, Revista Española de derecho constitucional, mayo-agosto 1997 r.

⁴³ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 47-48.

produktów, która często odbywa się w formie reklamy⁴⁴.

4. Ograniczenia dotyczące reklamy przewidziane w przepisach konstytucyjnych

Prawo do informacji jest prawem-wolnością i z tego powodu narzucanie wszelkich jego ograniczeń musi odbywać się w drodze ustawy. Wszelkiego rodzaju ograniczenia powinny być niezbędne i jak najmniej uciążliwe oraz proporcjonalne w stosunku do celu jaki ma się dzięki nim uzyskać. Są to warunki wskazane przez Europejski Trybunał Praw Człowieka w Strasburgu, które należy spełnić aby ograniczenie prawa do informacji było możliwe do zaakceptowania.

Zgodnie z treścią Konstytucji hiszpańskiej, a dokładnie jej art. 20 ust. 1 lit. d, wymaga się aby informacje jakie się komunikuje były prawdziwe. Również w art. 3 lit. e ustawy o reklamie prawodawca hiszpański potwierdza bezprawność reklamy oszukańczej, a w art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawarto wskazówki pomocne przy ocenie czy dana reklama wprowadza w błąd. Z tych powodów uważam iż reklama korzysta z ochrony jaką zapewnia wolność słowa, gdyż nie wymaga ona, aby to co się komunikuje było zgodne z prawdą.

Mówiąc o ograniczeniach reklamy, nie sposób nie poruszyć tematu uprzedniej autoryzacji dopuszczalnej prawem na mocy art. 5 ust. 1 ustawy o reklamie. Otóż dopuszcza się ją w przypadku reklamy środków farmaceutycznych oraz produktów innego rodzaju, które mogą nieść za sobą ryzyko związane z ich użytkowaniem. Jest to moim zdaniem łamanie postanowień art. 20 ust. 2 Konstytucji, który zakazuje jakiegokolwiek cenzury. Z drugiej strony, owa cenzura dotyczy wyłącznie środków farmaceutycznych oraz produktów niebezpiecznych, można więc przyjąć iż taka regulacja jest zgodna z postanowieniami art. 43 ust. 2 Konstytucji, który przyznaje władzom publicznym kompetencje w przedmiocie organizowania i nadzorowania ochrony zdrowia. Tak więc jest to sytuacja wyjątkowa pozwalająca ograniczyć pewne prawa w celu ochrony życia i bezpieczeństwa osób, pamiętając przy tym o zachowaniu proporcjonalności użytych środków. Świadomy ustawodawca hiszpański, dostrzegając dysfunkcyjny charakter uprzedniej autoryzacji w odniesieniu do konkurencji rynkowej, przyjął środki działające łagodząco. I tak udzielenie zezwolenia następuje w przypadku spełnienia prawem przewidzianych warunków, zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji a w przypadku odmowy udzielenia takiego zezwolenia, musi być ona umotywowana. W sytuacji gdy kompetentny organ nie udzieli wymaganego zezwolenia

⁴⁴ Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona 2009, str. 67-68, (źródło: <http://books.google.es/books>).

ani nie wyda decyzji odmownej w określonym terminie, zgodnie z art. 5 ust. 3 ustawy o reklamie przyjmuje się, że zostało ono udzielone. Z uwagi na konieczność ochrony zdrowia obywateli, ustanowiono pewne restrykcje w stosunku do reklamy lekarstw, tytoniu i alkoholu, jednak te zagadnienia będą przeze mnie omówione w dalszej części mojej pracy, w dziale dotyczącym reklamy naruszającej przepisy szczegółowe.

ROZDZIAŁ II. Katalog różnych form niedozwolonej reklamy

§1. Reklama niedozwolona

Hiszpańska ustawa o reklamie w swoich artykułach od 3 do 6 określa grupę przypadków w których generalnie uważa się reklamę za niedozwoloną oraz działania jakie można podjąć przeciw niej. W tej części mojej pracy postaram się omówić każdy ze stypizowanych modeli nieuczciwej reklamy, jaki należy do zakresu tej ustawy.

1. Reklama naruszająca porządek konstytucyjny

Zgodnie z postanowieniami zawartymi w art. 3 lit. a ustawy o reklamie za niezgodną z prawem będzie uznana każda reklama, która dokonuje zamachu przeciw godności człowieka lub narusza fundamentalne wartości i prawa przyznane przez Konstytucję, w szczególności te, które dotyczą zakazu dyskryminacji, honoru, wolności słowa, kobiety, dzieciństwa i młodzieży. Analizując przepisy Konstytucji hiszpańskiej nie sposób nie zauważyć pewnej odmienności uregulowań dotyczących zasady równości w porównaniu do rozwiązań przyjętych w polskiej Konstytucji z 1997 roku⁴⁵. Otóż zgodnie z art. 32 ust. 1 naszej ustawy zasadniczej wszyscy są równi wobec prawa, natomiast hiszpańska Konstytucja wypowiada wprost równość wszystkich Hiszpanów⁴⁶. Można więc wnioskować, iż takie postanowienie konstytucyjne jawnie dyskryminuje osoby, które stale zamieszkują terytorium Hiszpanii, jednak posiadają obywatelstwo innego państwa.

Jako przykład reklamy sprzecznej z porządkiem konstytucyjnym, powołałam się na wyrok sądu pierwszej instancji w Alicante z dnia 3 marca 1992 roku⁴⁷, wydanym w postępowaniu wszczętym na wniosek Związku Kobiet Postępowych⁴⁸. Przedmiotem omawianej sprawy była kampania reklamowa zabawek firmy Feber, w której wyodrębniono reklamę zabawek przeznaczonych wyłącznie dla dziewczynek (lalki, przedmioty związane z pracami domowymi, sprzątaniem, gotowaniem etc.), oraz zabawek wyłącznie dla chłopców, powiązanych z wykonywaniem pracy zawodowej. Sąd podzielił stanowisko strony skarżącej, zgodnie z którym taka reklama jest sprzeczna z zasadą równości wyrażoną w art. 14 Konstytucji, ma charakter dyskryminujący i seksistowski oraz zobowiązał pozwanego do jej zaprzestania⁴⁹.

Z reklamą naruszającą przepisy konstytucyjne mamy do czynienia również w

⁴⁵ Dz. U. 1997 r. Nr 78 poz. 483

⁴⁶ Art. 14 Konstytucji hiszpańskiej

⁴⁷ Powoływany w: Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 75, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁴⁸ W j. hiszpańskim Federación de Mujeres Progresistas (FMP).

⁴⁹ María Luisa Llobregat Hurtado, *Temas de propiedad industrial*, Madryt 2007, str. 394-395, (źródło: <http://books.google.es/books>)

każdym przypadku, kiedy obraża ona uczucia religijne, przekonania polityczne bądź też gdy ma ona charakter dyskryminujący ze względu na rasę, płeć lub narodowość⁵⁰. Dezaprobatę dla tego rodzaju reklamy wyraża również art. 12 Dyrektywy Rady z 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich, dotyczących telewizyjnej działalności transmisyjnej. Zakres przypadków, w których reklamie można zarzucić bezprawność jest z pewnością bardzo szeroki, ale interesujące jest zderzanie reklamy z obszarem jaki łączą honor, prywatność i wizerunek osób, który jest przedmiotem prawa podlegającego ochronie zgodnie z art. 18 Konstytucji hiszpańskiej. Honor, prywatność i wizerunek dotyczą odmiennych sfer osobowości. Atak na honor kształtowany był zawsze w prawie hiszpańskim jako zniewaga warta zarzutu karnego. Tak ukształtowały się obraza i oszczerstwo jako dwa typy deliktu przeciwko honorowi, co doprowadziło do rozwinięcia ochrony cywilnej tych dóbr osobistych, m. in. poprzez odpowiednie regulacje zawarte w ustawie „Ley organica de 5 mayo de 1982”⁵¹, która swoim zakresem przedmiotowym obejmuje ochronę cywilną honoru, prywatności i wizerunku, uznając te prawa za niezbywalne i nieprzedawnialne⁵². Prawo do wizerunku jest zarówno projekcją honoru, jak i prawa do intymności a więc krzywda na honorze lub naruszenie czyjejś prywatności skutkuje również naruszeniem czyjegoś prawa do wizerunku⁵³.

Trzeba podkreślić, że hiszpańska komunikacja komercyjna w odróżnieniu od innych form komunikacji społecznej nie ma w zwyczaju odnoszenia się do zagadnień wkraczających w sferę honoru i prywatności innych osób, tak więc konflikt w tym obszarze występuje dosyć rzadko⁵⁴.

Ustawa z 5 maja 1982 roku w sposób wyraźny i stanowczy zabrania ingerencji w sferę prywatności i wizerunku, jeśli dokonuje się jej w celach reklamowych lub handlowych⁵⁵. Dopuszcza się ją jednak na mocy przepisów szczegółowych oraz w drodze zezwolenia osoby uprawnionej, która dysponując swoim prawem decyduje komu i w jakim zakresie je udostępnić. Należy w tym miejscu podkreślić, iż honor traktuje się jako „ostatnią twierdzę dziedzictwa moralnego” każdej istoty ludzkiej,

⁵⁰ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 70, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁵¹ Ley Orgánica 1/1982, BOE nr 115 z 14 maja 1982 roku, str. 12546-12548.

⁵² Art. 1 ust. 3 omawianej ustawy

⁵³ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 129-130

⁵⁴ Jose Luis Garcia Guerrero, *La publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordenamiento constitucional Español*, Revista Española de derecho constitucional, mayo-agosto 1997, str. 95 (źródło: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_050_077.pdf)

⁵⁵ Art. 7 ust. 6 ustawy

wyrażający jej rdzenną godność, będący jednakowy dla każdej jednostki i przez to, w przeciwieństwie do prywatności i wizerunku, nigdy nie może być przedmiotem układu lub umowy⁵⁶.

Znaczące dla rozważań dotyczących reklamy oraz jej ingerencji w sferę wizerunku i prywatności jest tzw. *right of publicity*, zdefiniowane przez Thomasa MacCarthy jako instytucja prawa, upoważniająca każdego człowieka do sprawowania kontroli nad komercyjnym wykorzystaniem elementów jego osobowości⁵⁷. Obecnie stosuje się je w celu zapewnienia ochrony interesów znanych osobistości - celebrities. Jak zauważa José María de la Cuesta Rute, owe prawo często prowadzi do umów ograniczających prywatność, wskutek których, osoba ją realizująca zostaje umieszczona w sytuacji takiego poniżenia, że rodzi się pytanie czy pomimo zgody uprawnionego nie zachodzi konieczność przeciwdziałania takim sytuacjom w drodze odpowiednich regulacji prawnych, ze względu na następstwa niepedagogiczne takich zachowań. W wymiarze w jakim umowa taka jest dopuszczalna, mogą urzeczywistniać się działania reklamowe poprzez użycie wizerunku lub głosu osób które go użyczają.

Używanie wizerunku nieletnich i osób ubezwłasnowolnionych wymaga odpowiedniego zezwolenia, przy czym w sytuacji gdy nieletni lub ubezwłasnowolniony jest wystarczająco świadomy i dojrzały, zgodnie z art. 3 ustawy z 1982 roku, to on sam może udzielić wymaganej zgody. W przeciwnym razie decydują ich przedstawiciele ustawowi, którzy zobowiązani są przedstawić swoje zezwolenie prokuratorowi, do którego zadań należy stanie na straży praworządności i przestrzegania prawa. Jeśli prokurator w ciągu tygodnia sprzeciwia się udzieleniu takiej zgody, o ewentualnym udzieleniu, bądź odmowie jej udzielenia decyduje sąd (art. 3 ust. 2 wyżej wymienionej ustawy). Niezależnie od sytuacji, takie zezwolenie powinno być udzielone na piśmie i jest zawsze odwołalne przez tego, który go udzielił.

Ochrona honoru, prywatności i wizerunku nie ustaje po śmierci uprawnionego. Aby chronić pamięć i dobre imię po śmierci, uprawniony może w drodze testamentu wskazać osobę, która zgodnie z jego wolą ma stać na straży tych praw. W braku postanowienia testamentowego, prawo wskazuje taką osobę, a jeśli przewidziane prawem rozwiązania nie mogą zostać spełnione, ochronę pamięci zmarłego powierza się prokuratorowi⁵⁸.

W przypadku naruszenia omawianych wyżej praw, uprawnione do rozstrzygania

⁵⁶ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 130-131

⁵⁷ Justyna Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja: studium cywilnoprawne.*, Kraków 2009, str. 255

⁵⁸ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 131

powstałych sporów są sądy jurysdykcji cywilnej, które mogą zastosować odpowiednie środki pozwalające na przywrócenie sytuacji w której pokrzywdzony może znów w pełni korzystać z przysługujących mu praw. W szczególności sąd wydając decyzję może nakazać zaprzestania rozpowszechniania niedozwolonej reklamy, nie pozwolić aby zaistniała ponownie oraz zobowiązać pozwanego do przywrócenia sytuacji sprzed naruszenia⁵⁹. Nieuprawniona ingerencja skutkuje zwykle zapłatą odszkodowania, którego wysokość określa sąd biorąc pod uwagę okoliczności sprawy.

2. Reklama skierowana do dzieci

Obecnie dzieci i nieletni stanowią liczną grupę konsumentów⁶⁰, często to one decydują o tym co mają kupić ich rodzice. W przeciwieństwie do większości dorosłych, dzieci lubią oglądać reklamy, dużo łatwiej poddają się jej sugestiom, są bardziej łatwowierne i niedoświadczone, dlatego też zasługują na specjalną ochronę. Aby zminimalizować niekorzystne skutki jakie może wytworzyć reklama w świadomości nieletnich odbiorców, wprowadza się surowe wymogi jakie musi ona spełniać aby była zgodna z prawem. W niektórych państwach są one bardzo rygorystyczne, np. w Szwecji obowiązuje całkowity zakaz reklamy skierowanej do dzieci poniżej 12 roku życia⁶¹, w Hiszpanii przyjęte regulacje podyktowane są wymogami zawartymi w dyrektywach wspólnotowych (unijnych). Również wspólnoty autonomiczne wytworzyły swoje odrębne unormowania, które mają zapewnić ochronę praw nieletnich⁶², np. nie wolno używać wizerunku dzieci w sposób jaki godzi w ich honor i dobre imię (ustawa 1/1996 z 15 stycznia 1996 r.⁶³ dotyczącego prawnej ochrony nieletnich, art. 4 ust. 3), małoletni mają prawo do prywatności (Andaluzijska ustawa 1/1998 z 20 kwietnia 1998 r.⁶⁴ art. 6), dzieci nie mogą mieć dostępu do usług telekomunikacyjnych, które mogą szkodzić ich rozwojowi (ustawa 3/1999 z 31 marca 1999 r. Castilla – La Mancha⁶⁵, art. 12.3).

O tym czy reklama jest skierowana do dzieci, decydują jej 3 elementy:

- rodzaj reklamowanego produktu lub usługi,
- forma reklamy,

⁵⁹ Art. 9 ustawy Ley Organica 1/1982 z 5 maja 1982 r.

⁶⁰ Ewa Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno – prawne*, Kraków 2002, str. 117

⁶¹ Isabel Lázaro Gónzález, Ignacio Mayoral Narros, *Infancia, publicidad y consumo*, Madryt 2005, str. 223, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁶² 13 wspólnot autonomicznych posiada odrębne przepisy dotyczące ochrony nieletnich a pozostałe 4 umieściły je w przepisach regulujących sprawy socjalne, http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf

⁶³ http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/lo1-1996.html

⁶⁴ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/an-11-1998.html

⁶⁵ http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/cm-13-1999.html

- wszelkie okoliczności związane z jej rozpowszechnianiem⁶⁶.

Zgodnie z ustawodawstwem hiszpańskim oraz postanowieniami Dyrektywy 97/36 WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 czerwca 1997 r. zmieniająca Dyrektywę 89/552/EWG w sprawie koordynacji określonych przepisów prawnych, postanowień regulaminowych i administracyjnych Państw Członkowskich w zakresie nadawania programów telewizyjnych, znanej jako „telewizja bez granic” zakazuje się reklamy kierowanej do nieletnich gdy:

- namawia ona do zakupu reklamowanego towaru, wykorzystując łatwowierność i brak doświadczenia dzieci.
- zachęca do wywierania presji na rodzicach lub opiekunach.
- z nieuzasadnionych powodów przedstawia nieletnich w sytuacji niebezpiecznej.
- reklamuje napoje alkoholowe bądź przedstawia małoletnich, którzy je spożywają.
- wykorzystuje zaufanie jakim darzą one swoich rodziców, opiekunów.
- szkodzi ich poprawnemu rozwojowi fizycznemu, mentalnemu i moralnemu.
- wprowadza w błąd co do cech towaru, bezpieczeństwa oraz warunków jakie musi spełniać dziecko, aby korzystając z niego nie wyrządziło krzywdy sobie lub innym.
- występuje w programie skierowanym do dzieci, który trwa krócej niż 30 minut⁶⁷.

Dodatkowo w art. 22 Dyrektywy zamieszczono skierowany do władz publicznych każdego Państwa Członkowskiego nakaz podjęcia stosownych środków w celu zagwarantowania, że transmisje nadawców telewizyjnych, podlegających ich kompetencji nie będą zawierały przekazów mogących zaszkodzić rozwojowi fizycznemu i moralnemu małoletniego.

Uzupełnieniem regulacji ustawowych w Hiszpanii jest Kodeks PAOS (*Código de autorregulación de la publicidad de alimentos dirigida a menores, prevención de la obesidad y salud*) z 29 marca 2005 roku⁶⁸, będący częścią strategii hiszpańskiego Ministerstwa Zdrowia w walce z nadwagą i otyłością wśród nieletnich. Podkreśla się w nim konieczność szczególnej ochrony dzieci do 12 roku życia, dotyczy reklamy

⁶⁶ *Criterios interpretativos en materia de publicidad televisiva y menores*, <http://www.mityc.es/dgdsi/mediosaudiovisuales/contenidos/ProteccionMenor/Documents/CriteriosTV.pdf> str. 2

⁶⁷ Art. 11, 16, 22 Dyrektywy 89/552/EWG.

⁶⁸ *Código de Autorregulación de la publicidad dirigida a los mnores*, http://www.autocontrol.es/pdfs/cod_%20Paos.pdf

żywności i napojów.

3. Reklama podprogowa

Terminu „podprogowy” używa się w odniesieniu do jakiegokolwiek formy czy typu komunikacji, którą uważa się za manipulacyjną. Nie każda jednak manipulacja jest podprogową. Zgodnie z art. 4 ustawy o reklamie, istota reklamy podprogowej polega na użyciu odpowiednich technik produkcji, za pomocą których przekazuje się wiadomości reklamowe w takiej formie, że nie mogą być one świadomie dostrzeżone⁶⁹. Zwykle przekaz reklamowy podprogowy umieszcza się w procesie komunikacji o charakterze niereklamowym, używając przy tym środków audiowizualnych. Takie środki są najbardziej odpowiednie dla emisji przekazu, gdyż pozwalają na użycie technik, które utrzymują taki przekaz pod progiem zmysłów- *sub limine*.

Forma takiej reklamy sprawia, że bardzo trudno jest doprowadzić do sytuacji, w której będzie ona przedmiotem osądzenia prawnego. Otóż, jeżeli osoba będąca zwykłym adresatem przekazu reklamowego, jest w stanie sformułować oskarżenie, że ten przekaz był podprogowym, byłby to najlepszy dowód, że w istocie tak nie jest. Wyłącznie używając specjalnych procesów technicznych w laboratoriach można stwierdzić czy jakiś komunikat zawiera przekaz podprogowy⁷⁰. Z uwagi na to, wielu autorów hiszpańskich uważa, iż z tego względu nie powinno się umieszczać reklamy podprogowej w dziedzinie prawnej reklamy.

Przekaz podprogowy z pewnością łamie podstawowe prawa człowieka, albowiem skutkuje brakiem równości między reklamującym a odbiorcami, ponieważ może on nimi manipulować wedle swoich chęci. Zakaz stosowania takiej reklamy wypływa z zasady prawdziwości i rozpoznawalności reklamy. Jej odbiorcy mają przecież prawo wiedzieć, kiedy kierowane są do nich przekazy reklamowe. Tak więc charakter reklamowy każdej wiadomości powinien być oznaczony w sposób jasny i wyraźny⁷¹. Bezsporna nieprawidłowość takiego zachowania w komunikacji i z tego względu jego potępienie moralne powinno spaść nie tylko na komunikaty w reklamie komercyjnej, ale wszelkie komunikaty rozpowszechniane w ten nie do zaakceptowania sposób⁷².

4. Reklama naruszająca przepisy szczegółowe

Na gruncie hiszpańskiego prawa zakazuje się reklamy, która narusza

⁶⁹ Art. 4 ustawy o reklamie

⁷⁰ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, op. cit., str. 132

⁷¹ Mariola García – Uceda, *Las claves de la publicidad*, Madryt 2008, str. 462, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁷² José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, op. cit., str. 132 - 133.

postanowienia normatywne dotyczące reklamy określonych produktów, przewidując w ten sposób istnienie dziedzin częściowych reklamy zawartych w dyspozycjach jakiegokolwiek rangi i niekoniecznie ustawowych. Zgodnie z tym, Ustawa o reklamie posiada charakter ogólny, powszechny a naruszenie jej norm oprócz konsekwencji wprost z niej wynikających, pociąga za sobą również skutki przewidziane w ustawach szczegółowych, dotyczących reklamy ściśle określonych produktów. Tak więc warunki jakie musi spełniać reklama, podyktowane są często charakterem i rodzajem towaru będącego jej przedmiotem⁷³.

Ze względu na rodzaj dobra podlegającego ochronie, postanowiłam wyodrębnić 3 grupy produktów, których regulacja reklamy jest szczególnie ważna, są to: wyroby tytoniowe, napoje alkoholowe oraz środki farmaceutyczne. Ze uwagi na to, iż celem mojej pracy jest przedstawienie generalnych zasad i regulacji dotyczących reklamy ogółu produktów i usług, te szczegółowe ustalenia ze względu na charakter towaru zostaną przeze mnie jedynie naświetlone, ukazując najważniejsze postanowienia w tej kwestii.

- Reklama wyrobów tytoniowych.

Szkodliwość dla zdrowia wyrobów tytoniowych została wprost wypowiedziana w art. 1 Dekretu królewskiego z 1988 r.⁷⁴, dlatego też przyjęto szereg środków w celu ochrony zdrowia obywateli Hiszpanii. Reklama wyrobów tytoniowych poddana jest zatem wielu ograniczeniom, m. in. dopuszczalna jest w radiu i telewizji wyłącznie po godzinie 21:30. Co więcej, obowiązuje bezwzględny zakaz reklamy wyrobów tytoniowych w programach skierowanych do dzieci i młodzieży, w programach edukacyjnych oraz o charakterze informacyjnym (art. 1 Dekretu Królewskiego 1100/1978⁷⁵ regulującego reklamę wyrobów tytoniowych i napojów alkoholowych w państwowych środkach przekazu). Kolejnym ograniczeniem jest zakaz sponsoringu, z wyjątkiem publikacji skierowanych wyłącznie do osób trudniących się profesjonalną sprzedażą wyrobów tytoniowych (art. 9 ustawy 28/2005⁷⁶ w sprawie środków sanitarnych podjętych wobec palenia tytoniu, regulującej sprzedaż wyrobów tytoniowych, ich konsumpcję oraz reklamę). Jeżeli chodzi o regulacje przyjęte przez wspólnoty autonomiczne, panuje zgodność co do tego, że reklama tytoniu nigdy nie

⁷³ Ibidem, op. cit., str. 133

⁷⁴ Real Decreto 192/1988 z 4 marca 1988 w sprawie ograniczeń dotyczących sprzedaży i wykorzystania tytoniu w celu ochrony zdrowia ludności (następnie modyfikowany przez Real Decreto 1293/1999 z 24 lipca 1999 r.), http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1293-1999.html

⁷⁵ Real Decreto 1100/1978 z 12 maja 1978 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1100-1978.html

⁷⁶ Ley 28/2005 z 26 grudnia 2005 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l28-2005.html

może być skierowana do małoletnich oraz nie może ich bezpośrednio zachęcać do palenia tytoniu. Bardziej rygorystyczne zasady przyjęto natomiast w Kraju Basków, gdzie skrócono czas w jakim można reklamować wyroby tytoniowe w radiu (taka reklama jest dozwolona tylko między 22 a 6 rano)⁷⁷.

- Alkohol.

Podobnie jak w przypadku wyrobów tytoniowych, reklama napojów alkoholowych skierowana do małoletnich, namawiająca ich do konsumpcji oraz wykorzystująca ich wizerunek jest stanowczo zabroniona⁷⁸. Kolejne ograniczenie stanowi ustawa o reklamie w swoim art. 5 bezwzględnie zakazując reklamy telewizyjnej napojów alkoholowych, których zawartość alkoholu przekracza 20%. Tutaj specjalne kompetencje przyznano rządowi hiszpańskiemu, który gdy zajdzie taka konieczność, może rozszerzyć zakaz reklamy napojów alkoholowych także na te o mniejszej zawartości procentowej alkoholu⁷⁹. Również zgodnie z powyższą ustawą zakazuje się takiej reklamy w miejscach, gdzie zabroniona jest sprzedaż alkoholu lub jego spożycie. Co do treści takiej reklamy, na mocy ustawy 22/1999⁸⁰ z 7 czerwca 1999 r. (art. 10 ust. 2), implementującej do hiszpańskiego prawa krajowego Dyrektywę 89/552/EWG, nie może ona łączyć konsumpcji alkoholu ze wzmoczoną wydolnością fizyczną, kierowaniem pojazdami, lub sukcesem towarzyskim. Również zakazane jest umieszczanie w reklamie stwierdzeń, zgodnie z którymi alkohol posiada działanie terapeutyczne lub jest pomocny przy rozwiązywaniu konfliktów. Zgodnie z zarządzeniem hiszpańskiego Ministerstwa Edukacji, obowiązuje również zakaz sprzedaży alkoholu i tytoniu w placówkach mu podległych. Tak samo niedozwolona jest sprzedaż i spożywanie alkoholu w obiektach sportowych⁸¹. Jeżeli chodzi o regulacje autonomiczne, dosyć dużą rozbieżność w stosunku do ustawodawstwa krajowego wykazuje Galicja. Otóż zgodnie z postanowieniami przyjętymi w art. 12 i 13 ustawy 2/1996⁸² z 8 maja 1996 w sprawie narkotyków, reklama alkoholu jest w Galicji całkowicie zabroniona w radiu i w telewizji. Jednak kontrowersyjnym według mnie unormowaniem jest dyspozycja art. 13 ust. 1, zgodnie z którą dozwolona jest sprzedaż napojów alkoholowych o zawartości alkoholu nieprzekraczającej 18% nieletnim, którzy ukończyli 16 rok życia. Być może takie rozwiązanie wiąże się z bogatą i wielowiekową

⁷⁷ http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf

⁷⁸ Real Decreto 1100/1978 art. 3

⁷⁹ Alberto Alonso Ureba red., *Código comercio y leyes mercantiles*, Madryt 2007, str. 530, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁸⁰ Ley 22/1999 z 7 czerwca 1999 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I22-1999.html

⁸¹ Art. 4 ustawy 19/2007 z 11 lipca 2007 r. przeciwko przemocy, rasizmowi, ksenofobii i nietolerancji w sporcie, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/I19-2007.html

⁸² Ley 2/1996 z 8 maja 1996 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/CCAA/ga-l2-1996.html

tradycją wyrobu wina w Hiszpanii.

- Środki farmaceutyczne.

Podstawowe znaczenie dla regulacji reklamy środków farmaceutycznych ma ustawa 29/2006⁸³ w sprawie gwarancji i rozsądnego używania leków i środków farmaceutycznych dopuszczając możliwość ich reklamy, tylko wówczas, kiedy są one dostępne bez recepty, nie zawierają środków psychotropowych i odurzających oraz nie są finansowane ze środków publicznych (art. 78 ust. 1 ustawy). Ponadto dla każdej reklamy leków wymaga się uzyskania uprzedniej autoryzacji kompetentnych jednostek służby zdrowia, udzielanej na okres maksymalnie do lat 5 (art. 21). Każda reklama leków powinna zawierać pewne minimum wiadomości jak: wyraźne i czytelne podkreślenie reklamowego charakteru wiadomości, nazwę leku, informacje niezbędne dla jego właściwego zastosowania oraz wyraźne i jasne sformułowanie, iż przed jego zastosowaniem należy zapoznać się z ulotką a w razie jakichkolwiek wątpliwości skonsultować się z farmaceutą⁸⁴. Dodatkowo w art. 6 Królewskiego dekrety 1416/1994 zakazuje umieszczania w reklamie twierdzeń, sugerujących iż działanie leku jest w pełni bezpieczne, pozbawione skutków ubocznych, zrównujących reklamowane lekarstwo z produktem spożywczym lub kosmetycznym. Również niedozwolona jest reklama która może wywołać mylne przekonanie wśród swoich odbiorców, zgodnie z którym konsultacja lekarska jest zbędna, co w konsekwencji może doprowadzić do sytuacji w której chory sam się błędnie zdiagnozuje. Bez względu na powyższe postanowienia obowiązuje całkowity zakaz powoływania się w reklamie na działanie terapeutyczne leku w takich chorobach jak: gruźlica, choroby przenoszone drogą płciową, inne groźne infekcje, nowotwory, przewlekła bezsenność, cukrzyca (art. 6 ust. 2 Dekretu).

5. Reklama nieuczciwa

Pragnieniem każdego z przedsiębiorców będących na rynku jest wykonywanie swojej działalności w sposób niezakłócony, bez żadnych ataków ze strony rywali. Taka sytuacja wydaje się być jednak nierealna, gdyż istotą konkurencji i wolnego rynku jest ciągła rywalizacja i prześciganie się konkurentów, którzy aby przetrwać muszą stale dostosowywać się do zachodzących zmian. Konkurencyjny rynek sprzyja więc obniżaniu cen, poprawianiu jakości oferowanych dóbr, tworzeniu nowych możliwości. Ten kto chce na nim zaistnieć musi wyróżniać się w dostateczny sposób od pozostałych

⁸³ Ustawa 29/2006 z 26 lipca 2006, http://www.boe.es/aeboe/consultas/bases_datos/doc.php?id=BOE-A-2006-13554

⁸⁴ Art. 5 Królewskiego dekrety 1416/1994 z 25 czerwca 1994 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/rd1416-1994.html#a5

przedsiębiorców. Nie budzi więc wątpliwości, iż reklama stwarza możliwość stosowania nieuczciwych praktyk polegających na rozpowszechnianiu informacji mających za zadanie zniesławić rywala. Aby takim praktykom można było zapobiegać, umieszczono ją wśród innych przykładów reklamy niedozwolonej, której definicję można było jeszcze do niedawna znaleźć w art. 6 lit. a ustawy o reklamie, stanowiącym że: *reklamą niedozwoloną jest taka, która ze względu na swoją zawartość, formę prezentacji lub rozpowszechniania skutkuje zdyskredytowaniem, zniesławieniem lub zlekceważeniem bezpośrednim lub pośrednim osoby, przedsiębiorstwa bądź jej produktów, usług, działalności, jej nazwy, znaku towarowego bądź innych znaków ją wyróżniających*⁸⁵.

Wejście w życie znowelizowanej ustawy o reklamie 1 stycznia tego roku poskutkowało wykreśleniem tego artykułu, wstawiając w jego miejsce postanowienia dotyczące możliwych działań jakie można podjąć przeciwko niedozwolonej reklamie. W ten sposób wykreślono również postanowienia dotyczące nieuczciwej reklamy polegające na dążeniu do wywołania konfuzji przedsiębiorstw, ich produktów czy znaków towarowych a także postanowienia dotyczące reklamy porównawczej, której teraz poświęcony jest odrębny artykuł ustawy. Owa nowelizacja była podyktowana potrzebą dostosowania prawa hiszpańskiego do przepisów wspólnotowych oraz koniecznością zapobieżenia powstawania kolejnych sporów co do tego, którą ustawę (o reklamie, czy też dotyczącą nieuczciwej konkurencji) należy w danym przypadku stosować.

Akt zniesławienia godzi w reputację, sławę czy szacunek jakim cieszy się ten, którego usiłuje się oczernić. Postanowienia dotyczące tego rodzaju postępowania były już zawarte w Statucie reklamy z 1964 roku w dziale poświęconym nieuczciwej reklamie. Zniesławiając konkurenta za pośrednictwem reklamy, pomniejsza się zaufanie jakim cieszy się jego przedsiębiorstwo bądź jego produkty lub usługi w środowisku konsumentów. Aby ustalić czy doszło w danym przypadku do zniesławienia nie jest konieczne aby faktycznie wystąpiło obniżenie zaufania przypadającego zniesławionemu, wystarczy sama możliwość spowodowania takiego uszczerbku. Tak można wywnioskować z treści artykułu 9 ustawy o nieuczciwej konkurencji, który nieco dokładniej określa czym jest zniesławienie. Zgodnie z jego brzmieniem „*uważa się za nieuczciwe realizację lub rozpowszechnianie wypowiedzi odnośnie działalności, świadczeń, firmy bądź relacji handlowych osoby trzeciej, które są w stanie pomniejszyć jego zaufanie na rynku a które nie są precyzyjne, prawdziwe i rzeczowe. W*

⁸⁵ Art. 6 lit. a ustawy o reklamie, BOE nr 274 z 15 listopada 1988 r. str. 32464 - 32467

szczegółności uważa się za nierzeczowe wypowiedzi, których przedmiotem jest narodowość, wiara czy światopogląd oraz życie prywatne czy jakiegokolwiek inne okoliczności ściśle osobiste tej osoby”⁸⁶. Jak trafnie podkreśla się w doktrynie hiszpańskiej, zniesławienie jest praktyką nieuczciwą nie tylko wobec konkurenta, ale w szczególności względem konsumentów, ponieważ wpływa ono na podejmowane przez nich decyzje, ograniczając w pewnym stopniu swobodę ich wyboru⁸⁷. Jednocześnie można powiedzieć, iż takie działanie ze względu na swój rezultat w pewnym stopniu bliskie jest naruszeniu dóbr osobistych jakimi są honor, prawo do intymności czy dobrego wizerunku. Kiedy reklama narusza prywatność indywidualnego przedsiębiorcy, poprzez powoływanie w niej informacji dotyczących ściśle jego okoliczności osobistych bez jakiegokolwiek związku z tym, co oferuje on na rynku, mamy wówczas do czynienia z reklamą określaną często mianem reklamy osobistej. Ten rodzaj reklamy będzie oceniany zawsze jako niedozwolony, zgodnie z tym co głosi art. 3 lit a omawianej przeze mnie hiszpańskiej ustawy o reklamie. Jeżeli jednak cechy osobiste przedsiębiorcy są istotne przy ocenie jego świadczeń na rynku, to reklama która się na nie powołuje nie będzie uznana z góry za bezprawną, jednak może zostać oceniona jako nieuczciwa ze względu na to, że za jej pomocą usiłuje się skompromitować rywala.

Istotą reklamy zniesławiającej jest, to iż kieruje się ją przeciwko konkretnej osobie przy czym nie wymaga się aby nawiązywano do niej bezpośrednio, wystarczy że odbiorcy przekazu reklamowego na podstawie całokształtu informacji mogą sami wywnioskować kogo tak naprawdę dotyczy taka reklama. Nie ma tutaj znaczenia czy zamiarem reklamującego było zniesławienie. Sama możliwość oczernienia ze względu na zawartość informacyjną przekazu reklamowego skutkuje tym, iż będzie on uznany za zniesławiający. Aby móc ocenić w jakim stopniu określony przekaz reklamowy wpłynął na obniżenie zaufania wśród konsumentów należy posłużyć się modelem przeciętnego odbiorcy. Z drugiej strony nie bez znaczenia pozostaje tutaj wiek odbiorców i rodzaj reklamowanego produktu, a także sposób jego przedstawienia.

Kolejną kwestią mogącą budzić wątpliwości jest jaką, i czy w ogóle, rolę odgrywa prawdziwość lub fałszywość informacji skutkujących zniesławieniem. Ponieważ art. 6 nie stosuje żadnego rozróżnienia w tej kwestii, wydaje się więc to obojętne, jednakże art. 9 ustawy o nieuczciwej konkurencji w sposób wyraźny stanowi, że jeżeli nawet dana wypowiedź może skutkować pomniejszeniem zaufania

⁸⁶ Treść art. 9 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w moim tłumaczeniu.

⁸⁷ Jose Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia desleal*, powoływany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 132

komercyjnego, to nie będzie ona uznana za zniesławienie, jeżeli bazuje na informacjach prawdziwych i precyzyjnych.

§2. Oszustwo w reklamie

1. Reklama wprowadzającą w błąd

Obecnie można spotkać się z twierdzeniami, że w reklamie wszystkie chwytły są dozwolone a każdy handlarz to oszust i krętacz. Mimo iż nie jest to prawdą, rynek i konkurencja rządzą się określonymi prawami, wobec których powinno się pozostać czujnym. Należy więc pamiętać, że przedsiębiorca za pośrednictwem reklamy usiłuje zwiększyć swoją sprzedaż, a co za tym idzie także i zyski. Z tego względu zawsze na pierwszym miejscu będzie on przedstawiał zalety i korzyści oferowanego przez siebie towaru, starając się przy tym ukryć bądź odwrócić uwagę od jego ewentualnych wad lub braków. Ponieważ to reklamujący się decyduje o treści swojej reklamy oraz o środkach jakie się w niej zastosuje aby lepiej wpływać na decyzję konsumentów, istnieje ryzyko, że przekaz ten będzie oszukańczy.

Doświadczenie wskazuje, że prawo zaczęło dostrzegać pewne zagrożenia jakie niesie ze sobą reklama. Potrzeba ograniczenia sytuacji w wyniku których odbiorcy reklamy mogą zostać oszukani bądź wprowadzeni w błąd, zaowocowała regulacją tej sfery naszego życia. Z drugiej strony nie sposób nie zauważyć, że reklama wytwarza pozytywne skutki w porządku ekonomicznym. Dzieje się tak pod warunkiem, że komunikaty reklamowe odpowiadają prawdzie. W konsekwencji tego, zakaz reklamy wprowadzającej w błąd⁸⁸ zawiera zarówno hiszpańska ustawa o reklamie w art. 3 lit. e jak i o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji – art. 5 i 7 tejże.

1) Pojęcie reklamy wprowadzającej w błąd.

Idea główna pojęcia prawnego sprowadza się do stwierdzenia, że reklama „może wprowadzić w błąd swoich odbiorców”, przy czym aby uznać reklamę za wprowadzającą w błąd, wystarczy sama możliwość wprowadzenia w błąd, nie jest więc konieczne aby taki błąd faktycznie powstał. Zatem jeżeli zawartość informacyjno-perswazyjna reklamy jest oszukańcza, istnieje duże prawdopodobieństwo wywołania mylnej opinii lub przekonania odnośnie tego, co taki przekaz komunikuje. Lema Deves podkreśla, że o reklamie wprowadzającej w błąd można mówić wówczas, kiedy za jej pomocą zniekształca się fakty albo przedstawiając je takimi jakie one są wprowadza się w błąd. Podobnego zdania jest Palma Álvarez Pozo, która utrzymuje iż, w sytuacji kiedy reklama nie jest w stanie wpłynąć na zachowanie konsumenta lub konkurenta, nie

⁸⁸ W dosłownym tłumaczeniu z języka hiszpańskiego reklama oszukańcza.

można jej zakwalifikować jako reklamy wprowadzającej w błąd⁸⁹.

Ryzyko bądź zagrożenie, któremu chce się zapobiec poprzez zakazanie reklamy wprowadzającej w błąd polega na ukształtowaniu w świadomości odbiorcy błędnej opinii w przedmiocie zalet czy korzyści oferowanych przez reklamującego się, podczas gdy nie ma to swojego odzwierciedlenia w rzeczywistości. Mimo bezspornego związku jaki łączy przekaz reklamowy i zawieranie umów na rynku, poprzez uznanie bezprawności reklamy wprowadzającej w błąd nie tylko chroni się interesy odbiorców, ale co chyba ważniejsze, zapobiega się ryzyku ogólnemu, nie dopuszczając do sytuacji w której rynek opierając się na informacjach nieprawdziwych, nie może spełniać godziwie swojej funkcji. W konsekwencji wyznacza się dwojaki interes któremu służy wymóg zgodnie z którym przekazy reklamowe nie mogą wprowadzać w błąd. Jest nim z jednej strony interes rozproszony wszystkich odbiorców, z drugiej- interes w dobrym funkcjonowaniu rynku⁹⁰.

W przypadku zawarcia umowy pod wpływem błędu można przecież uchylić się od skutków złożonego oświadczenia woli i unieważnić całą umowę na podstawie przepisów kodeksu cywilnego oraz przepisów postępowania cywilnego, jednak zasadniczą wadą tego sposobu *a posteriori* odejścia od umowy jest potrzeba dochodzenia jej unieważnienia na drodze sądowej. Niedogodności i wydatki jakie towarzyszą postępowaniu przed sądem, które mogą czasem przewyższać cenę towaru lub usługi będącej przedmiotem umowy, sprawiają, że mało kto zdecyduje się na takie rozwiązanie. Z tego powodu rozwiązania prawne zakazujące stosowania reklamy mogącej wprowadzić w błąd swoich odbiorców wydaje się w pełni uzasadnione.

2) Sposoby wprowadzenia w błąd:

Wprowadzenie w błąd może polegać na udzieleniu informacji niedokładnych lub fałszywych bądź też na udzieleniu informacji poprawnych z jednoczesnym przemilczeniem innych⁹¹, mających duże znaczenie w danej sytuacji, stąd sposoby wprowadzenia w błąd można podzielić na działanie lub pominięcie. Przyjmuje się iż błąd może dotyczyć:

- cech produktu lub usługi,
- osoby która dany produkt oferuje,
- innych okoliczności mających wpływ na podjęcie decyzji przez

⁸⁹ Juan José Marín López, Rafael Sánchez Aristi, *La protección jurídica de los consumidores*, Madryt 2003, str. 141, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁹⁰ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, op. cit., str. 143-144

⁹¹ Art. 6 dyrektywy 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r., Dz. Urz. WE L 149, 11/06/2005, str. 22

klienta.

3) Działania zmierzające do wprowadzenia w błąd:

a) Gra słów.

Przekaz reklamowy, aby był w stanie zwrócić na siebie uwagę odbiorców musi być ciekawy, oryginalny bądź też śmieszny, dlatego też często stosuje się w reklamie grę słów, która jednakże może być przez odbiorców różnie rozumiana i interpretowana. Za przykład może tutaj posłużyć wyrok sądu okręgowego w Granadzie orzekający o oszustwie jakiego dopuściło się przedsiębiorstwo reklamujące swój nowy napój o nazwie „Ronsin”⁹². W omawianej sprawie wywołanie błędu wśród konsumentów polegało na znaczeniu użytych w reklamie słów. Otóż słówko „ron” oznacza w języku hiszpańskim rum, natomiast „sin” - bez (co w połączeniu z nazwą alkoholu oznacza iż taki napój nie zawiera alkoholu). Tak więc konsumenci byli wówczas przekonani że reklama dotyczy bezalkoholowego rumu, podczas gdy przedstawiała ona zwykły napój orzeźwiający.

b) Wyrażenia o charakterze wartościującym, opinie.

Chcąc ocenić czy określona informacja jest fałszywa lub niedokładna, musi być ona empirycznie i obiektywnie sprawdzalna, tak więc zwykle osobiste opinie, co do zasady nie będą traktowane jako czyny oszustwa. Co więcej, konsumenci zazwyczaj są świadomi tego, że wypowiedzi zawarte w reklamie są często przesadzone a osoba, która w niej występuje w rzeczywistości nie używa produktu, który zachwala, jednak wypowiada się o nim przychylnie, ponieważ otrzymuje za to stosowne wynagrodzenie⁹³.

c) Oferty specjalne.

Często w praktyce stosuje się reklamę, w której oferuje się towar w bardzo korzystnej cenie, jednak gdzieś małym druczkiem napisane jest zazwyczaj: „oferta ważna aż do wyczerpania zapasów”, lub „promocja dotyczy pierwszych stu sprzedanych produktów”. Tego rodzaju praktyka pozwala na przyciągnięcie i zjednanie sobie klientów w dość łatwy, lecz oszukańczy sposób a ocena takiego postępowania zależy zazwyczaj od ilości promocyjnych produktów.

d) Statystyki.

Wyniki różnych sondaży i ankiet umieszczane są w reklamie w formie statystyk. Nie

⁹² Wyrok sądu okręgowego w Granadzie o sygnaturze: AC 2004/1.328 z 18 czerwca 2004 r. Powołany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 102, (źródło: <http://books.google.es/books>)

⁹³ Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 100-104, (źródło: <http://books.google.es/books>)

chcąc narazić się na podejrzenia co do intencji takiego przekazu, tego typu badania powinny być przeprowadzane zgodnie z zasadami nauki i techniki. Jeżeli przedstawione w reklamie wnioski i spostrzeżenia nie bazują wcale na wynikach przeprowadzonych wcześniej badań opinii lub owe badanie przeprowadzono bez zastosowania wymaganych reguł, czy też nie przeprowadzono ich wcale, mamy wówczas do czynienia z reklamą wprowadzającą w błąd⁹⁴.

e) Korzystanie z cudzej reputacji.

Ten sposób wywołania błędu może polegać na reklamowaniu produktu będącego imitacją znanej marki, prowadzeniu kampanii będącej naśladownictwem reklamy innego przedsiębiorstwa lub na podjęciu jakichkolwiek innych działań mających na celu wywołanie pomyłki co do osoby przedsiębiorcy. Wykorzystując cudzą renomę kreuje się przeświadczenie w opinii odbiorców, iż reklamowany przedmiot ma takie same właściwości jak inny, ten bardziej znany lub że reklamujące się przedsiębiorstwo łączy jakaś więź z tym, które cieszy się dużym zaufaniem na rynku.

f) Reklama wykluczająca.

Ta forma oszustwa bazuje na wywołaniu w odbiorcach mylnego przekonania, że tylko jedna marka oferuje produkty określonej jakości, mimo iż na rynku istnieją inne, równie konkurencyjne⁹⁵.

Korzystając z takiego rodzaju reklamy, przedstawia się osobę reklamującego się bądź jego produkty lub usługi w sytuacji takiego panowania i pierwszeństwa na rynku, iż izoluje się w ten sposób od wszystkich pozostałych konkurentów przy czym nie odnosi się w konkretny sposób ani do nich samych, ani do świadczonych przez nich produktów czy usług. Jak wiadomo, tylko taka reklama, która zawiera informacje prawdziwe będzie uznana za zgodną z prawem. Odnośnie reklamy wykluczającej, oprócz wymogu prawdziwości informacji w niej zawartych wymaga się również aby tylko reklamowany produkt posiadał określone cechy, wyróżniające go od tych, oferowanych przez konkurencję. Co więcej muszą być to cechy tak istotne, że niosą za sobą faktyczne korzyści.

Dezaprobatę dla tego rodzaju praktyk wyraził Sąd okręgowy w Alicante w sprawie krzesełek dla dzieci firmy „Feber”⁹⁶, która to w swojej reklamie zapewniała niezgodnie

⁹⁴ Jose Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia desleal*, powoływany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 100

⁹⁵ Carlos Fernández Novoa, *Estudios de derecho de la publicidad*, str. 51-55 powoływany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 104

⁹⁶ Wyrok Sądu Okręgowego w Alicante z 16 marca 1994 r. (Powołany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 102)

z prawdą, iż tylko jej produkty spełniają wszystkie warunki bezpieczeństwa.

g) Stosowanie przemilczeń i pominięć.

Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (bo to ona obecnie reguluje najszerszej zagadnienia dotyczące nieuczciwej reklamy) nie ogranicza oszustwa reklamowego zdolnego wprowadzić w błąd tylko do zawartości samego przekazu, gdyż obok oszustwa w zawartości wiadomości, występuje również takie, które polega na ukryciu lub przemilczeniu informacji istotnych przy podejmowaniu decyzji przez ich odbiorcę⁹⁷.

4) Zdolność wywierania wpływu na rynek.

Dla uznania reklamy za wprowadzającą w błąd nie wystarcza, że przekaz reklamowy może wprowadzić w błąd swoich odbiorców. Jest to warunek konieczny, ale nie wystarczający, ponieważ wymaga się także aby błąd był tak doniosły, że skutecznie będzie mógł kształtować pozycje na rynku lub szkodzić konkurencji. Tak więc wymaga się aby wpływał on na zachowanie ekonomiczne swoich odbiorców albo żeby był zdolny zaszkodzić konkurentom. Takie sformułowanie przepisów odnośnie reklamy wprowadzającej w błąd jest w pełni zgodne z Dyrektywą wspólnotową, gdyż dokonano jej dosłownej transpozycji do porządku prawnego Hiszpanii. Podkreślenia wymaga fakt, że wcześniejsza regulacja dotycząca tej kwestii, która obowiązywała do chwili derogacji Statutu reklamy, nie wymagała dla uznania reklamy za wprowadzającą w błąd, aby ta miała zdolność określania woli jej odbiorców co do zawarcia umowy z reklamującym się lub szkodenia konkurencji, bowiem każde oszustwo traktowane było jako bezprawie. Obecnie, jak twierdzi de la Cuesta Rute, dopuszcza tzw. oszustwa „znośne”. Przystępując do transpozycji dyrektywy w dosłownym znaczeniu, ustawodawca hiszpański optował za możliwym do przyjęcia kłamstwem reklamowym na poczet przejawienia typowego dla reklamy, które można uznać za nieszkodliwe⁹⁸.

5) Interpretacja wiadomości.

Interpretując przekaz reklamowy powinno się mieć na uwadze zawartość oraz formę w jakiej jest skierowana do nas wiadomość. W procesie rozkodowania wiadomości i znalezienia jej sensu powinno się kierować zasadą ogólnego wrażenia zawartą w art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, zgodnie z którą przy ocenie reklamy należy brać pod uwagę wszystkie jej elementy. Wiadomość

⁹⁷ Art. 7 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

⁹⁸ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 145-146

przekazywana przez reklamę wynika z całokształtu jej składników, nie wyłączając różnorodnych form jej wyrażania jakie zostały użyte, dlatego też nie można jednoznacznie stwierdzić, że dany przekaz reklamowy jest kłamliwy, wprowadzający w błąd, jeżeli któryś z jego elementów nie odpowiada prawdzie. Oznacza to, że aby poznać sens danej reklamy należy zebrać całość wiadomości jakie reklamujący rozpowszechnia jednocześnie przez różne media, włącznie z tymi, które już rozpowszechniono wcześniej. Niektórzy utrzymują, że w reklamie można i powinno się odróżnić pewną jej część jako szczególnie przyciągającą uwagę odbiorców i to właśnie ona powinna być poddawana testowi prawdy i fałszu przy ocenie prawdziwości przekazu reklamowego. Przeciwnicy takiej opinii twierdzą iż przeczy to zasadzie ogólnego wrażenia a więc narusza tym samym postanowienia art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Obecnie reklama w społeczeństwach rozwiniętych przyczynia się do rozbudzania potrzeb o których jej odbiorcy dotychczas nie mieli pojęcia, odkrywa je przed nimi reklamujący. Działając pod wpływem błędu, konsument podejmuje decyzje, których nigdy by nie podjął dysponując informacjami prawdziwymi, pełnymi i rzetelnymi. Oszustwo reklamowe jest czynem wielce nieuczciwym, ponieważ ogranicza swobodę wyboru oraz godzi w konsumenta, rynek i konkurencję. Może jednak zdarzyć się tak, iż pomimo oszukańczego charakteru przekazu reklamowego, określona grupa osób nie popadnie w błąd dzięki posiadanej wiedzy specjalistycznej pozwalającej na zrozumienie użytych sformułowań technicznych. Będzie to jednak dosyć wąska grupa, większość publiczności zrozumie taką reklamę w inny sposób przez co popadnie w błąd, dlatego też interpretacja tej drugiej grupy powinna być brana pod uwagę przy ocenie charakteru wiadomości⁹⁹.

Punktem odniesienia dla oceny, czy określona reklama jest nieuczciwa pomocny będzie model tzw. przeciętnego konsumenta, wypracowany w orzecznictwie ETS. Przeciętny konsument oceniany jest jako osoba należycie poinformowana, odpowiednio uważna i ostrożna¹⁰⁰. Model przeciętnego konsumenta jest modelem wzorcowym, reprezentującym całokształt odbiorców, powinien znajdować się pomiędzy dwoma ekstremum, z jednej strony odbiorcy, którzy zwracają mniejszą uwagę na kierowane do nich wiadomości i odbierają je bardziej łatwowiernie, z drugiej- ci którzy odbierają je z

⁹⁹ Jose Massaguer, *Comentario a la Ley de Competencia desleal*, powoływany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 110

¹⁰⁰ Luis González Vaqué, La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, numero 17, 2004 r. str. 57, (źródło: http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_017_047.pdf)

większą rezerwą. Model wzorcowy to taki odbiorca, który nie jest tym najbardziej przenikliwym i ostrożnym ani też nie jest tym najbardziej nieprzygotowanym i łatwowiernym. Niestety w praktyce sędziowie często czynią tylko prostą wzmiankę nawiązując do modelu przeciętnego odbiorcy zabezpieczając w ten sposób formalnie swoją subiektywną opinię. Czasem bywa tak, że ze względu na charakter oferowanego towaru, jego reklama będzie kierowana tylko do określonej grupy społecznej (np. zabawki). Kierując reklamę do dzieci, łatwiej wprowadzić je w błąd niż w przypadku osoby dorosłej, ponieważ są one bardziej podatne na oddziaływanie reklam, nieprzygotowane i niedoświadczone¹⁰¹. Ze względu na to, że dzieci są świetnymi odbiorcami, reklama do nich skierowana została uregulowana w art. 3 lit. b ustawy o reklamie, zakazując tym samym wykorzystywania ich łatwowierności. Również art. 5 ust. 3 Dyrektywy 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym, wyodrębnia szczególną grupę konsumentów, bardziej podatną na sugestie przekazów reklamowych, stanowiąc iż interpretacja określonej wiadomości reklamowej powinna być dokonywana z perspektywy przeciętnego członka tej grupy.

Zawsze sens jaki przypisuje się wiadomości będzie zależał nie tylko od tego co reklamujący stara się przekazać, ale głównie od tego jak interpretują ją odbiorcy. Aby uzyskać pewien obraz tego jak dana wiadomość jest rozumiana, przeprowadza się badania statystyczne. Taki sposób nie jest jednak pozbawiony wad. Po pierwsze, jeśli pomiar ma być wiarygodny, jego realizacja będzie bardzo kosztowna. Po drugie, na przeprowadzenie badań potrzeba pewnego okresu czasu co opóźnia znacznie rozwiązanie całej sprawy. Wreszcie, obraz uzyskany w trakcie pomiaru jest jedynie obrazem pozornym, nie można zapominać, że informacje jakich dostarczają osoby badane pozyskiwane są w okolicznościach mogących różnić się znacznie od tych, w jakich rzeczywiście odbierają wiadomości zwykli odbiorcy, jednak mimo to nadal się je stosuje. Tak było również w przypadku reklamy chipsów Lay's Méditerranéos, gdzie zapewniano konsumentów iż wytwarzane są one z użyciem oliwy. W rzeczywistości była ona jedynie dodatkiem do olejów roślinnych używanych do produkcji. Przeprowadzono badania które wykazały, że 90 na 100 zapytanych sądziło, że oliwa jest w tym przypadku jedynym dodawanym tłuszczem. W tej sprawie Sąd pierwszej instancji w Barcelonie wydał wyrok w którym orzekł o niezgodności z prawem takiej reklamy oraz nakazał wycofanie z rynku tych chipsów ze względu na to, że ich reklama

¹⁰¹ Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 110-111

może wprowadzić w błąd odbiorców co do ich składu¹⁰².

Błąd jaki wywołuje reklama może dotyczyć pochodzenia określonego towaru, sposobu jego produkcji bądź wytworzenia, dystrybucji, właściwości, zdolności w zastosowaniu, cen, liczby i jakości, wszelkiego rodzaju korzyści z nim związanych a także zagrożeń jakie mogą powstać podczas jego użytkowania. Taki przykładowy katalog informacji zawartych w przekazie reklamowym zawiera art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W tym miejscu wypada jednak podkreślić, iż omawiany przeze mnie artykuł nie wymaga, aby w reklamie zostały omówione wszystkie te informacje, jednakże jeżeli już się w niej znajdują, uważa się je za informacje o szczególnym znaczeniu. W przypadku niektórych produktów, na mocy przepisów szczegółowych, narzuca się minimalną zawartość informacyjną ich reklamy, jednak zasadą jest, że o tym jakie informacje będą zawarte w reklamie i w jaki sposób zostaną przedstawione decyduje sam reklamujący, bądź jego doradcy. Tak więc, z wyjątkiem produktów, których reklama jest regulowana przez przepisy szczegółowe, reklamujący może pominąć lub przemilczeć pewne fakty, gdyż nie jest on zobligowany do zawarcia w swojej reklamie wszystkich wiadomości jakie są mu znane odnośnie oferowanego przez siebie produktu. Stosując pewnego rodzaju grę przemilczeń, reklamujący musi jednak mieć na uwadze brzmienie ostatniego zdania art. 7 tej samej ustawy, który stanowi, że jest reklamą wprowadzającą w błąd taka, która przemilcza informacje fundamentalne reklamowanego produktu lub usługi podczas gdy takie pominięcie wprowadza w błąd jej odbiorców. Samo pominięcie pewnych informacji nie stanowi więc o tym, że dana reklama wprowadza w błąd, jednakże w pewnych okolicznościach może być za taką uznana, jeżeli przytoczenie pewnych informacji było wymagane.

2. Reklama ukryta oraz „product placement”

Reklama ukryta polega na nadaniu wiadomości reklamowej w sposób typowy dla wiadomości o charakterze niereklamowym. W takiej sytuacji, osoby do których skierowana jest taka reklama mogą nie zdawać sobie sprawy z tego, że właśnie odbierają przekaz reklamowy co skutkuje brakiem potrzebnej rezerwy i ostrożności podczas jego interpretacji. Element oszustwa tkwi tutaj więc nie w tym co reklama komunikuje, ale w sposobie w jaki to czyni¹⁰³. Reklama ukryta, ze względu na to iż

¹⁰² Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w Barcelonie, nr 43, sprawa lay's mediterraneos, powołany w: Ignacio Rodriguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008 r., str. 220 (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁰³ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 165

silniej wpływa na swoich odbiorców, stanowi kuszącą alternatywę dla przedsiębiorców. Takie zachowanie uznawane jest za bezprawne, ze względu na to, iż odbiorcy każdej wiadomości mają prawo znać jej charakter, a taka reklama go maskuje. Jednak sposób w jaki oszukuje się tutaj odbiorców jest odmienny niż ten o którym mowa w art. 7 ustawy o reklamie, dotyczącym reklamy podprogowej. Aby uzyskać jej dokładny sens i znaczenie, często trzeba odwołać się do całości przekazu.

1) „Reklama odredakcyjna”

Jedną z form reklamy ukrytej jest taka reklama, która pozornie wydaje się być wiadomością o charakterze wyłącznie informacyjnym, nazywa się ją często w piśmiennictwie hiszpańskim „reklamą redakcyjną”¹⁰⁴. W tym miejscu należy zaznaczyć, iż niektórzy autorzy hiszpańscy uważają reklamę redakcyjną za rodzaj reklamy niezależny od reklamy ukrytej (np. Desantes Guanter, Corredoira i Alfonso)¹⁰⁵. Dzięki ukryciu jej prawdziwego charakteru, adresaci reklamy odbierają ją jako bardziej wiarygodną i na dłużej pozostaje ona w ich pamięci¹⁰⁶. Działania takie bazują na powszechnym zaufaniu do mediów i przekonaniu o wiarygodności, rzetelności i niezależności przekazywanych przez nich informacji, dlatego zakazanie reklamy ukrytej pozwala między innymi to zaufanie utrzymać.

Potrzeba przeciwdziałania zjawisku reklamy ukrytej znalazła swoje odbicie w ustawodawstwie hiszpańskim. Artykuł 9 ustawy o reklamie ustanawia obowiązek ciążyący na mediach wyraźnego oddzielenia informacji reklamowych od tych, o charakterze czysto informacyjnym. Również reklamujący zobowiązani są do wykazania w sposób nie budzący wątpliwości charakteru reklamowego emitowanego przekazu. W drodze Ustawy z 12 czerwca 1994 roku, następnie zmodyfikowaną przez ustawę z 7 lipca 1999 r.¹⁰⁷, zdefiniowano pojęcie reklamy ukrytej jako „taka reklama umieszczana w programach, która zakłada prezentację słowną, wizualną czy dźwiękową produktów, usług, nazwy, znaku towarowego, działalności lub innych elementów handlowych właściwych przedsiębiorstwu które je oferuje, poprzez media i mogąca wprowadzić w błąd swoich odbiorców co do charakteru takiej wiadomości”(art. 3 ust. 3 lit. d ustawy). Zmiany te były podyktowane koniecznością implementacji do prawa hiszpańskiego

¹⁰⁴ W dosłownym tłumaczeniu z języka hiszpańskiego, w Polsce określa się ją mianem reklamy odredakcyjnej

¹⁰⁵ Mabel López García, *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*, eumed.net. 2004, str. 46

¹⁰⁶ Ewa Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno – prawne*, Kraków 2002, str. 123

¹⁰⁷ Ley 22/1999 z 7 lipca 1999r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l22-1999.html

Dyrektywy z 3 października 1989 roku (89/552/EWG) zakazującej ukrytej reklamy telewizyjnej.

2) „Product placement”

Obecnie szczególną uwagę poświęca się zjawisku zwanym „product placement”. Lokowanie produktu, bo tak się je często nazywa w języku polskim, polega na świadomym umieszczeniu w określonych przekazach za wynagrodzeniem ściśle wybranych rekwizytów, w celu wywołania skutku reklamowego¹⁰⁸. Ocena takiego zachowania nie jest łatwa. Aby można było uznać pojawienie się określonego produktu w programie za reklamę ukrytą, muszą zostać spełnione jednocześnie dwa warunki. Po pierwsze, prezentacja osoby, działalności, produktów bądź jego znaków musi odbywać się w celu reklamowym. Po drugie, taka prezentacja może wprowadzać w błąd swoich odbiorców co do jej faktycznego charakteru¹⁰⁹. W przypadku braku jednego z tych warunków, reklama nie może być uznana za niezgodną z prawem.

Stosowania *product placement* stanowi dzisiaj ważne źródło finansowania utworów audiowizualnych, w szczególności filmowych. Ingerencja w ich rozpowszechnianie stwarza problem w kwestii praw autorskich poszczególnych twórców (np. pisarzy, scenarzystów)¹¹⁰. Wydaje mi się, że współcześnie lokowanie produktów w różnych przekazach jest tak czytelne i widoczne, że każdy przeciętny konsument jest zdolny to wychwycić, dzięki czemu nie zostaje on wprowadzony w błąd.

3. Reklama „rekomendująca” (*testimonial*)¹¹¹

Z reklamą „poświadczającą” mamy do czynienia w sytuacji gdy osoba lub grupa osób cieszących się sławą, używając swojego wizerunku, wyrażają przychylną opinię o reklamującym się lub jakimś z jego produktów czy usług¹¹². Aby osiągnąć zamierzony cel reklamowy często występują w takiej reklamie osoby popularne, znane publice lub eksperci w danej dziedzinie a także osoby, które już dokonały zakupu danego produktu bądź skorzystały z usługi, do której reklama się odnosi. Forma wyrazu może być tu

¹⁰⁸ Ibidem, op. cit., str. 127

¹⁰⁹ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 169

¹¹⁰ Ewa Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno – prawne*, Kraków 2002, str. 127

¹¹¹ W tłumaczeniu z języka hiszpańskiego: reklama poświadczająca, rekomendująca. Ze względu na to, iż w języku polskim brak jest odpowiednika dla tego typu reklamy, postanowiłam określać ją mianem reklamy „poświadczającej”.

¹¹² Pedro Pablo Gutiérrez González, David Pedreira Sánchez, Miriam Velo Miranda, *Diccionario de la publicidad*, Madryt 2005, str. 312, (źródło: <http://books.google.es/books>)

różna, np. przeczytanie listu zadowolonego użytkownika, lub dobra recenzja filmu. Taka reklama wpływa na zachowanie jej odbiorców, nie tylko dzięki temu co i w jaki sposób komunikuje, lecz ogromne znaczenie mają tutaj sposób w jaki jest postrzegana społecznie osoba występująca w reklamie oraz jej indywidualne cechy.

Sposób prezentacji takiej reklamy i dobór osób w niej występujących, można podzielić na 3 rodzaje:

- Osoba rekomendująca jest kimś z „naszego środowiska”, jest kimś takim jak my, np. kobieta będąca tak zadowolona z proszku do prania, że nie zamieniłaby go nawet na 2 opakowania konkurencyjnego proszku, przekonująca nas o tym, że ubrania po wypraniu w owym proszku są tak białe, że już bielsze być nie mogą.
- Występująca w reklamie osoba jest pracownikiem sklepu. Mówi nam, że pracuje w danej branży od wielu lat i zapewnia nas o tym, że nigdy wcześniej nie spotkała produktu lepszej jakości i w tak korzystnej cenie jak ten przez nią reklamowany.
- W reklamie występuje ekspert lub specjalista w danej dziedzinie, jak gdyby zapewnia nas, że np. picie mleka określonej firmy będzie miało korzystny wpływ na nasze zdrowie, albo że używanie specjalnego preparatu do prałek sprawi, że ta nie będzie się psuła. W sytuacji gdy osobą rekomendującą jest jakaś osoba sławna powszechnie znana, nie oznacza to, że jest ona ekspertem w danej dziedzinie. Występuje w reklamie, ponieważ posiada określone cechy będące bezpośrednio związane i kojarzone z reklamowanym produktem, np. kierowca formuły 1 znany na całym świecie reklamuje samochód pewnej marki. Jednakże zarówno osoba znana jak i zwykły aktor grający w reklamie nie może wypowiadać się w kwestiach wymagających szczególnej wiedzy technicznej bądź naukowej, jako że ich rekomendacje opierają się jedynie na wnioskach pozyskanych w trakcie użytkowania reklamowanego produktu. Co więcej, aby takiej reklamie nie można było zarzucić oszustwa, osoby reklamujące produkt, powinny rzeczywiście wypróbować go wcześniej, a prezentowana przez nich opinia powinna odnosić się do normalnych okoliczności jego użytkowania.

Natomiast gdy w reklamie występuje określona osoba w roli eksperta, oczywistym jest, że wyrażana przez niego opinia musi dotyczyć kwestii doskonale mu znanych i odnośnie których faktycznie posiada fachową wiedzę. Tak więc osoba znana może występować w reklamie jako ekspert, z tym że wówczas powinno się taką reklamę postrzegać jako reklamę w której występuje ekspert a nie osoba znana.

Reklama bazująca na opinii eksperta powinna spełniać szereg określonych wymogów. Po pierwsze, ekspert, na którego opinię powołano się w reklamie musi posiadać fachową wiedzę w określonej dziedzinie, wiedzę która nie jest powszechnie znana, a przedstawiona przez niego opinia nie wykracza poza zakres jego wiedzy. Po drugie, opinia to musi opierać się na podstawie rzeczywiście przeprowadzonych prób. Po trzecie, gdy w roli eksperta nie występuje osoba fizyczna, tylko określona jednostka administracyjna, trzeba wyraźnie wskazać informacje ją identyfikujące a użyta opinia musi być opinią oficjalną. Co ważne, w każdym wypadku zabroniona jest reklama „poświadczająca” lekarstw. Zauważyć należy również, że omawiany przeze mnie w tym miejscu rodzaj reklamy, dotyka również sfery prawa do wizerunku osoby, która w niej występuje, wobec czego wymagane jest posiadanie zgody osoby wyrażającej swoją opinię, na użycie jej w reklamie. Trzeba także wiedzieć, że w sytuacji kiedy reklama dotyczy określonej działalności ryzyka, to osoba poświadczająca bierze na siebie odpowiedzialność za ewentualne szkody jakich mogą doznać osoby, które pod wpływem reklamy się ich podjęły. Aby tego uniknąć, wystarczy jednak zwrócenie uwagi na potencjalne zagrożenia i wyraźne wskazanie iż osoba występująca w reklamie jest ekspertem w tej dziedzinie.

4. Reklama porównawcza

1) Pojęcie

Reklama porównawcza stanowi typ reklamy, który z chwilą jego wyodrębnienia stał się przedmiotem wielu uwag i często odmiennych ocen. Prawnicy niejednokrotnie wypowiadali się o niej krytycznie, ze względu na możliwość wywołania za jej pomocą określonego niebezpieczeństwa na konkurencyjnym rynku. Z drugiej strony, przedsiębiorcy widzieli w niej narzędzie, przy użyciu którego mogli silniej oddziaływać na swoich potencjalnych klientów. W sytuacji jednak, gdy porównanie zawarte w reklamie ma na celu jedynie wytworzenie w odbiorcach przekonania, że produkty oferowane przez konkurencję są gorszej jakości, ocena takiego zachowania nie może być wówczas pozytywna.

Od początków XX wieku, kiedy to reklama porównawcza została wydzielona przez J. Kohlera, uznawana była za praktykę nieuczciwą, zmierzającą do zniesławienia przeciwnika. Pogląd taki panował aż do końca lat sześćdziesiątych, kiedy to zaczęły przeważać opinie głoszone w Ameryce, kładące nacisk na funkcję informacyjną użytego w reklamie porównania. Tego rodzaju idee poskutkowały złagodzeniem negatywnej oceny reklamy porównawczej oraz możliwością jej zastosowania przy jednoczesnym

podporządkowaniu się określonym wymogom¹¹³.

Wykorzystując reklamę porównawczą, przedsiębiorca podkreśla zalety swoich produktów lub usług na tle tych, które proponuje konkurencja. W ten sposób stara się przekonać odbiorców reklamy, iż jego oferta jest bardziej korzystna w porównaniu z resztą, wzmacniając jednocześnie swoją pozycję na rynku. Ponieważ w Statucie reklamy z 1964 roku, nie zawarto żadnych postanowień dotyczących reklamy porównawczej, można było przypuszczać, iż jest ona dozwolona, pod warunkiem że informacje w niej zawarte są prawdziwe i wyrażane w sposób obiektywny i niepogardliwy. Na mocy Statutu reklamy funkcjonował administracyjny organ kolegialny o charakterze sądowym zwany *el Jurado Central de publicidad*. Do jego zadań należało rozstrzyganie spraw dotyczących naruszenia ogólnych zasad zawartych w Statucie oraz rozwiązywanie sporów między stronami. W listopadzie 1976 roku wydał on bardzo ważną dla prawa reklamy rezolucję, po raz pierwszy uznając oficjalnie zgodność z prawem reklamy porównawczej. Jej uzasadnienie opierało się na następujących założeniach:

- reklama porównawcza nie jest zabroniona przez prawo,
- uznanie tego rodzaju reklamy za bezprawną godzi w interesy konsumentów,
- w niektórych wypadkach byłoby to sprzeczne z prawdą,
- zakaz reklamy porównawczej działa przeciwko wolności słowa i wolności twórczej¹¹⁴.

Mimo to, w praktyce nie często stosowano ten rodzaj oddziaływania na odbiorców przekazu reklamowego. Sytuacja nie uległa zmianie także po wejściu w 1988 roku ustawy o reklamie, która już w sposób wyraźny wypowiedziała zgodność z prawem reklamy porównawczej, bowiem w dalszym ciągu silne było przekonanie o bezprawności i nieuczciwości takiego postępowania.

Niewątpliwie stosowanie reklamy porównawczej niesie ze sobą pewne ryzyko, polegające na możliwości naruszenia praw zarówno konkurentów, jak i konsumentów oraz interesu ogółu w postaci poprawnie funkcjonującej konkurencji, dlatego też ustanowiono szereg warunków jakie musi spełniać reklama porównawcza aby była zgodna z prawem. Do 1 stycznia 2010 roku, postanowienia dotyczące reklamy porównawczej, zawarte były w artykule 6 lit. c ustawy o reklamie poświęconym

¹¹³ Ewa Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno – prawne*, Kraków 2002, str. 158-161

¹¹⁴ Lord Campbell of Alloway, Zahd Yaqub, *European handbook of advertising law*, Londyn 1999, str. 766, (źródło: <http://books.google.es/books>)

reklamie nieuczciwej. Obecnie, reklamę porównawczą reguluje art. 6 bis ustawy o reklamie oraz art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, przy czym art. 6 bis powtarza unormowania zawarte w art. 10, nieco je przy tym rozwijając. W prawie hiszpańskim za reklamę porównawczą uważa się taką reklamę, która wprost bądź w sposób dorozumiany nawiązuje do osoby konkurenta bądź do produktów czy usług jakie ten oferuje¹¹⁵. Aby móc zastosować porównanie nie narażając się przy tym na odpowiedzialność z tytułu niedozwolonej reklamy, zgodnie z treścią art. 6 bis ustawy o reklamie, który stanowi transpozycję postanowień Dyrektywy 97/55/WE winno ono spełniać następujące warunki:

- a) porównywane produkty lub usługi muszą mieć to samo przeznaczenie lub zaspokajać te same potrzeby, tylko wówczas zastosowanie porównania będzie użyteczne,
- b) porównania dokonuje się w sposób obiektywny, powołując się na cechy istotne, rzeczowe, sprawdzalne i reprezentacyjny, nie wyłączając ceny. Tylko istotne cechy produktu mogą wpłynąć na decyzje odbiorców reklamy,
- c) w przypadku porównywania produktów chronionych przez świadectwo pochodzenia lub oznaczenie geograficzne lub gwarantowaną tradycyjną specjalność może odnosić się jedynie do towarów o takim samym oznaczeniu,
- d) nie można porównywać dóbr będących imitacją lub repliką towarów lub usług opatrzonych chronionym znakiem towarowym lub chronioną nazwą handlową,
- e) jeśli porównanie odnosi się do oferty specjalnej, trzeba wskazać datę jej rozpoczęcia (jeżeli jeszcze się nie rozpoczęła) oraz datę jej zakończenia,
- f) nie wolno wykorzystywać w nieuczciwy sposób renomy znaku towarowego, oznaczenia przedsiębiorstwa lub innego oznaczenia odróżniającego konkurenta ani też chronionego oznaczenia geograficznego lub świadectwa pochodzenia produktów konkurencyjnych czy gwarantowaną tradycyjną specjalnością. To samo dotyczy ekologicznej metody produkcji produktów konkurencyjnych¹¹⁶.

W stosunku do produktów, których reklamę regulują przepisy odrębne, również ich porównanie powinno czynić zadość wymogom w nich przewidzianych. Natomiast w żadnym wypadku reklama porównawcza nie może wprowadzać w błąd, oczerniać bądź wykorzystywać cudzą reputację¹¹⁷.

¹¹⁵ Identyczną definicję znajdziemy w Dyrektywie 97/55/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 6 października 1997 r. zmieniająca dyrektywę 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu włączenia do niej reklamy porównawczej, Dz. Urz. L 290, 23/10/1997 str. 18

¹¹⁶ Art. 6 bis ustawy o reklamie

¹¹⁷ Art. 10 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Porównanie używane w reklamie może polegać na bezpośrednim nawiązaniu do konkurenta, bądź może czynić to w sposób pośredni, kiedy nie wspomina się o nim wprost, jednak każdy odbiorca takiej reklamy doskonale zdaje sobie sprawę o kim mowa. Przykładem dorozumianego nawiązania do konkurenta może być sprawa rozstrzygnięta przez Autocontrol Jury w 2006 roku w sporze między Grupo Leche Pascual vs. J. García Carrion¹¹⁸. Przedmiotem sporu była wówczas reklama przedstawiająca osobę, której zasłonięto oczy i która testuje dwa soki, jeden produkcji Grupo Leche Pascual a drugi – innej marki. Porównanie pośrednie polegało tutaj na tym, iż butelka tej drugiej firmy miała zieloną nakrętkę podczas gdy przedsiębiorstwo García Carrion było wtedy jedynym, które stosowało tego typu oznaczenia swoich butelek¹¹⁹.

Reklama nie jest postrzegana jako porównawcza, jeżeli reklamujący odwołuje się do ogółu konkurentów, bez nawet najmniejszego wskazania o którym z nich konkretnie mowa a z kontekstu całej reklamy nie sposób tego wywnioskować. Taką tezę zawarł w swoim orzeczeniu hiszpański Sąd Najwyższy wyrokując w sprawie Coca-Cola przeciwko Pepsi¹²⁰. W omawianej sprawie Coca-Cola zarzucała swojemu największemu konkurentowi jakim jest Pepsi, iż przeprowadzona przez nią kampania reklamowa zawiera nieuczciwą i oczerniającą reklamę porównawczą, domagając się przy tym jej zaprzestania, publikacji orzeczenia w mediach, odszkodowania oraz pokrycia kosztów procesu. Aby zobrazować powstały problem, przedstawię w skrócie na czym ta reklama polegała. Otóż akcja rozgrywała się na koncercie, gdzie znany raper wykonując swój utwór, co jakiś czas pije „pepsi”. W pewnym momencie sięga po białą puszkę „innej coli” bez jakichkolwiek znaków wyróżniających jej producenta i zmienia nagle rytm muzyki na spokojną melodię, wprawiając w zdumienie całą publikę. Sytuacja wraca do normy dopiero gdy jeden z fanów podaje mu znowu puszkę „pepsi”. Przesłanie reklamy można wypowiedzieć następująco: „Pepsi jest na czasie, pijąc ją czujesz się młody i pełen energii, podczas gdy ta „inna cola” odbiera ci to wszystko”. Sąd Najwyższy zważył wbrew twierdzeniom „coca-coli”, iż w tym przypadku nie można mówić ani o reklamie porównawczej ani o reklamie nieuczciwej, ponieważ nie ma w niej odwołania do innego przedsiębiorcy zarówno wprost, jak i pośredniego a na rynku istnieje wiele innych „coli”. Zgodnie z twierdzeniem Sądu, taką reklamę można traktować jako

¹¹⁸ Oba przedsiębiorstwa zajmują się produkcją, dystrybucją i sprzedażą produktów mlecznych i soków.

¹¹⁹ João Miranda de Sousa, Patricia Herrero, *Mapping the labyrinth: advertising regulation in Spain*, World Trademark Review, grudzień/styczeń 2010, str. 76-77

¹²⁰ Wyrok Sądu Najwyższego, sygnatura: RJ 1997/1195 z 24 lutego 1997 roku. (źródło: http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/primer_segundo_ciclo/titulaciones/documents/32_2.pdf)

reklamę „poświadczającą”.

Dodatkowe warunki jakie powinna spełniać reklama porównawcza:

- porównanie musi być dokonane publicznie i rozpowszechniane w jakikolwiek sposób, ponieważ tylko dzięki temu możliwe jest osiągnięcie celu właściwego reklamie porównawczej jakim jest wpływanie na decyzje konsumentów,
- porównanie musi dotyczyć innego konkurenta – stosowanie autoporównania polegającego na zestawieniu produktów wcześniejszych i obecnych jednego przedsiębiorcy, nie mieści się w zakresie reklamy porównawczej w rozumieniu ustawy o reklamie i zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,
- wszelkiego rodzaju testy towarów wykonywane przez osoby lub instytucje nie będące związane z reklamującym się są wyłączone z zakresu reklamy porównawczej, gdyż jej istota polega na tym, że to właśnie reklamujący porównuje swoje produkty z produktami obcymi. W sytuacji gdy takie porównanie dokonywane jest przez osobę trzecią, można domniemywać iż jej opinia będzie niezależna, neutralna i obiektywna a co więcej będzie miała charakter jedynie informacyjny, nie będąc ukierunkowaną na promocję sprzedaży jednego z porównywanych przedmiotów¹²¹.

Podsumowując, reklama porównawcza jest sposobem informowania o nowych możliwościach jakie są dostępne na rynku a w sytuacji, gdy czyni zadość wszystkim koniecznym warunkom, można o niej powiedzieć, iż nie dość, że jest uczciwa, to także bardzo pożądana i mająca pozytywny wpływ na konkurencję i rynek, czego potwierdzeniem może być orzeczenie Sądu Pierwszej Instancji z 28 marca 2001 r. w sprawie T-144/99¹²².

§3. Klauzula generalna

Włączenie klauzuli generalnej do przepisów dotyczących reklamy i nieuczciwej konkurencji jest niewątpliwie bardzo pomocne i użyteczne w sytuacji kiedy określonego zachowania nie można „podpiąć” czy wpasować pod jakikolwiek model nieuczciwej praktyki zdefiniowanej przez prawo. Takie rozwiązanie pozwala na dopasowanie prawa do ciągle zmieniającej się rzeczywistości, uelastycznia obowiązujące prawo oraz umożliwia organom je stosującym jego odpowiednie zastosowanie w konkretnej sytuacji. Z drugiej strony może ono doprowadzić do

¹²¹ Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 159-161

¹²² <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0144:EN:HTML>

powstania niepewności prawnej¹²³.

Zanim weszła w życie zmiana ustawy o reklamie o której już wcześniej wspominałam, klauzula generalna zawarta była zarówno w ustawie o reklamie (art. 6 lit b *in fine*), jak i w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. W obowiązującym wówczas stanie prawnym, klauzula generalna zawarta w ustawie o reklamie nawiązywała jedynie do zasad poprawności (*normas de corrección*) oraz dobrych praktyk rynkowych¹²⁴, podczas gdy w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, można było doszukać się odesłania zaledwie do założeń dobrej wiary¹²⁵.

Obecnie klauzulę generalną znajdziemy wyłącznie w ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jednak co ważne, uregulowano ją w sposób bardziej szczegółowy i precyzyjny, kładąc przy tym kres kolizji obu ustaw i rozważań dotyczących istoty i znaczenia obu klauzul. Zgodnie z brzmieniem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji za nieuczciwe zachowanie uważa się każde zachowanie pozostające w sprzeczności z wymogami dobrej wiary. W stosunkach konsumenckich za sprzeczne z wymogami dobrej wiary traktuje się takie zachowanie przedsiębiorcy, który nie dochowuje należytej staranności zawodowej podczas gdy takie zachowanie w znaczący sposób zniekształca lub może zniekształcić zachowanie ekonomiczne przeciętnego konsumenta.

Aby móc zastosować klauzulę generalną, muszą zostać spełnione trzy warunki:

- Dane zachowanie oceniane jako nieuczciwe nie zostało uregulowane prawnie, nie znajduje się w katalogu typowych praktyk niedozwolonych,
- Zastosowanie klauzuli generalnej jest możliwe tylko w przypadku gdy określone zachowanie jest obiektywnie nieuczciwe,
- Interpretując klauzulę generalną należy pamiętać, że jakikolwiek zakaz bądź ograniczenie reklamy pociąga za sobą również ograniczenie fundamentalnych praw zawartych w Konstytucji jak prawo do informacji (art. 20) czy swoboda działalności gospodarczej (art. 38), dlatego też powinno się ją interpretować w sposób możliwie jak najbardziej zawężający¹²⁶.

Zdaniem José María de la Cuesta Rute klauzula generalna traktowana jest często

¹²³ Tomasz Bukowski „Klauzule generalne w prawie cywilnym. O konieczności stworzenia katalogu zasad współżyciaspołecznego.” Artykuł z Monitora Prawniczego 24/2008

¹²⁴ Art. 6 lit. b ustawy o reklamie

¹²⁵ Art. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

¹²⁶ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 191-192

przez sędziów jako usprawiedliwienie czy uzasadnienie wydawanych przez nich orzeczeń ograniczających i sankcjonujących reklamę. Ze względu na to, nie sposób przytoczyć tutaj jakiegokolwiek orzeczenia mogącego posłużyć za przykład poprawnego zastosowania klauzuli generalnej, które oddałoby jej rzeczywisty sens. Współcześnie, wraz z kolejnymi nowelizacjami prawa hiszpańskiego i jego doprecyzowaniem klauzula generalna stopniowo traci na znaczeniu, jednakże w latach 60tych XX wieku kiedy to wprowadzono Statut reklamy odgrywała ona dość istotną rolę. Nadal jednak stanowi pewnego rodzaju pole manewru dla sędziego, który rozstrzyga skomplikowaną, nie dającą się podciągnąć pod żaden model sprawę wskazując przy tym potrzebę zmian i ustanowienia nowych regulacji prawnych.

W polskiej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹²⁷ umieszczono dwie klauzule generalne (art. 3 ust. 1 i art. 16 ust. 1 pkt 1). Zakres zastosowania klauzuli z art. 3 ust. 1 jest szerszy niż zakres tej z art. 16 ust. 1 pkt 1¹²⁸, ze względu na to, iż obejmuje ona wszelkie czyny nieuczciwej konkurencji, podczas gdy ta druga – jedynie reklamę.

Krajowy ustawodawca przyjął, iż czynem nieuczciwej konkurencji jest w szczególności reklama sprzeczna z przepisami prawa, dobrymi obyczajami lub uchybiająca godności człowieka. Zgodnie z twierdzeniem Skubisza, „reklamą sprzeczną z dobrymi obyczajami i uchybiającą godności człowieka jest reklama sprzeczna z ogólnie przyjętymi w Polsce zasadami moralności”. Podobne kryteria można było jeszcze do niedawna znaleźć w hiszpańskiej ustawie o reklamie, gdzie w klauzuli generalnej powoływano się na zasady poprawności (*normas de corrección*).

Klauzula generalna zawarta w art. 3 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji spełnia trzy funkcje:

- a) definiującą – dostarcza wskazówek, dzięki którym możliwe jest zdefiniowanie czynów nieuczciwej konkurencji,
- b) uzupełniającą – rozszerza katalog czynów nieuczciwych, oraz umożliwia ich ocenę w sytuacji, gdy nie sposób ich dopasować do hipotezy żadnego z obowiązujących przepisów,
- c) korygującą – bardzo istotną w sytuacji, gdy w konkretnych okolicznościach możliwe jest zastosowanie odpowiedniego przepisu prawa, jednak ze względu na charakter sprawy, byłoby to niecelowe¹²⁹.

¹²⁷ Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503

¹²⁸ Ryszard Skubisz [w:] Janusz Szwaja red. *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.*, Warszawa 2006, str. 676

¹²⁹ Janusz Szwaja red., *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.*, Warszawa 2006, str.

Z pewnością stosowanie klauzul generalnych ma swoich przeciwników, jak i zwolenników, ja osobiście uważam iż są one przydatne w sytuacji gdy tworząc prawo, ustawodawca nie jest w stanie przewidzieć wszelkich możliwych sytuacji jakie mogą powstać i jakie powinny być poddane regulacji prawnej. Umieszczenie klauzul generalnych w przepisach prawnych dotyczących reklamy i czynów nieuczciwej konkurencji wydaje się być niezbędne ze względu na dynamikę stosunków objętych tymi regulacjami.

§4. System samoregulacji

System samokontroli stanowi skuteczną i elastyczną formę uzupełnienia przyjętych rozwiązań prawnych w dziedzinie reklamy. Wzorem i fundamentem dla tworzenia krajowych systemów samoregulacji są przepisy Międzynarodowej Izby Handlowej (ICC) mającej swoją siedzibę w Paryżu, w szczególności Międzynarodowy Kodeks Postępowania w Dziedzinie Reklamy¹³⁰. Podstawową funkcją takiego systemu jest promocja zasad etycznych, niezafałszowanej reklamy oraz wzmacnianie uczciwej konkurencji i zaufania w działalności reklamowej. Niewątpliwą zaletą jest jego autonomiczność, dzięki czemu możliwe jest jego funkcjonowanie obok władzy sądowniczej. Pozwala to na odciążenie sądów, znaczne przyspieszenie i uelastycznienie całej procedury rozwiązywania sporów powstałych na tle reklamy oraz znaczącą redukcję kosztów postępowania¹³¹.

W Hiszpanii system taki ukształtowano już w czasach obowiązywania Statutu reklamy z 1964 roku. Wówczas nadzór nad przestrzeganiem zasad etycznych w reklamie sprawował Komitet Główny reklamy (*Junta Central de Publicidad*), natomiast kompetencje w dziedzinie rozwiązywania powstałych sporów przyznano Sądowi Przysięgłych (*Jurado de la publicidad*). Obecnie ich odpowiednikami są: *La Asociación de Autocontrol de la Publicidad* - AAP (dalej Autocontrol) oraz *Jurado*¹³². Autocontrol jest stowarzyszeniem *non-profit*, wykreowanym przez przemysł reklamowy, zrzesza przedstawicieli reklamodawców, agencji reklamowych i mediów na zasadzie dobrowolności członkostwa.

Każdy, kto czuje się obrażony przez określoną reklamę, lub uważa, iż jest ona sprzeczna z prawem, może zwrócić się do Autocontrol z prośbą o interwencję. W tym

134-141

¹³⁰ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 172, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹³¹ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 244-245

¹³² Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 158, (źródło: <http://books.google.es/books>)

wypadku nie ma żadnego znaczenia czy z taką prośbą występuje organizacja, przedsiębiorstwo czy indywidualny konsument, wystarczy wskazać ewentualne powody bezprawności reklamy na piśmie¹³³. W ten sposób chroni się indywidualne interesy konsumentów, eliminując reklamę niepożądaną i sprzeczną z zasadami etyki, a przedsiębiorcom zapewnia się możliwość funkcjonowania na rynku wolnym od nieuczciwej konkurencji¹³⁴.

W 1996 roku Autocontrol wydało Kodeks Postępowania w Dziedzinie Reklamy, który następnie zmodyfikowano w 2002 roku, w którym zamieszczono podstawowe zasady dotyczące reklamy, zakazując przy tym m. in.: wykorzystywania dobrej wiary konsumenta, nawoływania do przemocy, niebezpiecznych, bezprawnych zachowań, dyskryminacji, zachowań sprzecznych z dobrymi obyczajami, godzących w honor, prawo do wizerunku i prywatności.

W ramach systemu samoregulacji, kompetencje w przedmiocie rozwiązywania sporów powierzono tzw. Sądowi przysięgłych (*Jurado*), który może obradować jako plenum lub w sekcjach.

Zgodnie z 5 pkt. Kodeksu¹³⁵, w sekcjach rozpatruje się wszelkie naruszenia norm etycznych i postanowień w nim zawartych, natomiast plenum stanowi organ odwoławczy, przy czym wydane postanowienie wiąże nie tylko strony postępowania ale również wszystkich pozostałych członków stowarzyszenia (art. 7 Kodeksu). Obiektywność i bezstronność decyzji zapewnia wysokie wyspecjalizowanie oraz niezależność tego organu od jakiegokolwiek organizacji ekonomicznej bądź politycznej oraz poszanowanie zasad równości stron i prawa do obrony strony której reklamę zaskarżono¹³⁶. Wydane postanowienie, stwierdzające bezprawność reklamy może zobowiązywać reklamującego się do częściowej zmiany jej treści, całkowitego jej wycofania a także do publikacji postanowienia stwierdzającego jej sprzeczność z zasadami etycznymi.

Podsumowując, system samoregulacji w Hiszpanii stanowi istotne i skuteczne narzędzie w walce z nieuczciwą i nieetyczną reklamą. Bazą dla tego systemu dyscyplinującego hiszpańską reklamę jest zatem: Kodeks wydany przez Autocontrol, jej

¹³³ Ignacio Rodríguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones, *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008, str. 226, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹³⁴ Mariola García – Uceda, *Las claves de la publicidad*, Madryt 2008, str. 469, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹³⁵ http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

¹³⁶ Ignacio Rodríguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones, *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008, str. 226, (źródło: <http://books.google.es/books>)

Statut oraz Regulamin Sądu Przysięgłych¹³⁷. W Polsce system ten ciągle jeszcze się rozwija, dlatego też w tym zakresie powinno się korzystać z dorobku innych Państw, bardziej doświadczonych w tej materii.

§5. Ustawa o reklamie względem ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji

Jak już wspominałam na początku niniejszego opracowania, w styczniu tego roku weszła w życie nowelizacja ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawy o reklamie¹³⁸, z czym wiąże się szereg skutków prawnych. Zanim jednak nastąpiła ta znacząca i jakże potrzebna zmiana hiszpańskiego ustawodawstwa, nierzadko dochodziło do konfliktów i sprzeczności na tle obu ustaw. Rozbieżność uregulowań dotyczących tych samych zagadnień, a w szczególności nieuczciwych praktyk, wzbudziła zacieklą debatę w środowisku prawniczym co do tego którą ustawę stosować i w jaki sposób interpretować jej przepisy.

Konkurencja norm prawnych wynikała głównie z charakteru obu ustaw oraz celów jakie usiłowano za ich pomocą osiągnąć. Postanowienia ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji można zatem scharakteryzować jako posiadające wymiar społeczny, ukierunkowane na ochronę nie tylko konkurentów lecz także konsumentów. Ustawa o reklamie natomiast posiada wymiar czysto profesjonalny. Konsekwencją tego, było także odmienne sformułowanie klauzul generalnych. W ustawie o reklamie za nieuczciwe uważano każde zachowanie sprzeczne z zasadą poprawności oraz dobrych praktyk handlowych, natomiast klauzula generalna zawarta w przepisach ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji odnosiła się wyłącznie do zasad dobrej wiary¹³⁹.

Propozycje rozwiązania powstałych sprzeczności można podzielić na 3 grypy:

- a) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji jako prawo późniejsze w myśl zasady *lex posterior derogat legi priori*, uchyla wszystkie przepisy ustawy o reklamie, które dotyczą tych samych kwestii,
- b) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, mimo iż jest ustawą późniejszą w stosunku do ustawy o reklamie, nie deroguje jej, aczkolwiek przepisy ustawy o reklamie powinny być interpretowane i stosowane w zgodzie z postanowieniami ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji,

¹³⁷ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 174, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹³⁸ Ley 29/2009 z 30 grudnia 2009 r. modyfikująca ustawę o reklamie oraz ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji w celu lepszej ochrony konsumentów i użytkowników, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/l29-2009.html

¹³⁹ Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 23-24

- c) Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji zawiera normy ogólne, dlatego też nie może derogować szczegółowych postanowień ustawy o reklamie, ponieważ takie rozwiązanie byłoby sprzeczne z zasadą *lex specialis derogat legi generali*¹⁴⁰.

Najlepszym rozwiązaniem wydaje się być to wymienione w drugiej kolejności, ponieważ w przypadku braku wyraźnych postanowień pozbawiających mocy obowiązującej przepisy ustawy o reklamie, możliwe jest ich dostosowanie do pozostałych regulacji normatywnych, bardziej aktualnych i odpowiadających rzeczywistym potrzebom.

Omawiana przeze mnie nowelizacja obu ustaw miała więc za zadanie nie tylko usunięcie powstałych sprzeczności, ale również dostosowanie hiszpańskiego ustawodawstwa do założeń Dyrektywy Parlamentu Europejskiego 2005/29/WE dotyczącej nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym. Aby zrealizować zamierzony cel, prawodawca hiszpański wykreślił część postanowień ustawy o reklamie, jednocześnie przenosząc je do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji (np. Przepisy dotyczące reklamy nieuczciwej, możliwych środków prawnych przeciw reklamie niedozwolonej, legitymacji procesowej, przedawnienia). Taki sposób rozwiązania problemowej kwestii skutkuje utratą pierwszeństwa ustawy o reklamie i podporządkowaniem jej ustawie o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji¹⁴¹.

¹⁴⁰ Ibidem, str. 25

¹⁴¹ Juan Casulá, *Principales novedades de la Ley General de Publicidad*, artykuł opublikowany 3 lutego 2010 r. Na stronie internetowej: <http://www.diariojuridico.com/opinion/principales-novedades-de-la-ley-general-de-publicidad.html>

ROZDZIAŁ III. Odpowiedzialność z tytułu niedozwolonej reklamy.

Każdy kto stosuje niedozwoloną reklamę, powinien pamiętać o tym, iż w świetle prawa hiszpańskiego naraża się tym samym na odpowiedzialność cywilną i administracyjną, a w niektórych wypadkach nawet karną. Dwie pierwsze oznaczają zazwyczaj odpowiedzialność materialną, natomiast ta ostatnia, w szczególnie poważnych sytuacjach może nawet skutkować pozbawieniem wolności. Głównym celem tych unormowań jest ukaranie osoby odpowiedzialnej z tytułu stosowania i rozpowszechniania niedozwolonej reklamy, zadośćuczynienie osobie która ucierpiała w wyniku takich działań, oraz niedopuszczenie do zaistnienia podobnej sytuacji w przyszłości. Najłatwiejszą, a co za tym idzie, najczęściej stosowną formą dochodzenia roszczeń jest w tym wypadku postępowanie cywilne. Z tego powodu, omawiając zagadnienia środków prawnych wobec niedozwolonej reklamy, to właśnie cywilne aspekty odpowiedzialności postanowiłam omówić w pierwszej kolejności.

§1. Odpowiedzialność cywilna

1. Nakaz zaprzestania reklamy

Działalność reklamowa, ze względu na swój charakter przybiera zwykle postać kampanii reklamowej trwającej przez określony okres czasu. Tak więc, reklama nie ogranicza się jedynie do pojedynczej czynności, lecz składa się na nią pewien ciąg działań, dlatego też - moim zdaniem - najistotniejszą formą obrony przed niedozwoloną reklamą, a ściślej jej następstwami, jest uzyskanie nakazu jej zaprzestania. Wstrzymanie rozpowszechniania niedozwolonej reklamy i zakaz realizowania jej w przyszłości stanowi klasyczny i najskuteczniejszy środek prawny umożliwiający zwalczanie tego typu nieuczciwych praktyk¹⁴².

Nakaz zaprzestania stosowania niedozwolonej reklamy, aby był skuteczny musi zostać wydany przez odpowiednie organy. Kompetencje w tej materii przyznano sądom, które na mocy Tytułu VI Konstytucji hiszpańskiej sprawują władzę sądowniczą poprzez wydawanie wyroków i egzekwowanie ich wykonania. W sprawach cywilnych obowiązuje zasada skargowości, sąd wszczyna postępowanie wyłącznie na żądanie

¹⁴² José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 213-214

osoby zainteresowanej rozstrzygnięciem sprawy. Proces cywilny to zdaniem Manuela Ortells Ramos, „żądanie (skierowane do organu sądowego i przeciwko innej osobie) wydania wyroku w przedmiocie ochrony określonego dobra prawnego, na którego poparcie przytacza się argumenty o znaczeniu prawnym”¹⁴³. Kierując sprawę do sądu, uprawniony podmiot oczekuje, iż bezstronny i niezawisły sędzia po wysłuchaniu stron wyda stosowną decyzję w przedmiocie zaprzestania rozpowszechniania reklamy będącej przedmiotem postępowania oraz co ważne, zakaże jej ponownego rozpowszechniania w przyszłości. W drodze postępowania sądowego zapewnia się możliwość dochodzenia i obrony praw i interesów przysługujących uprawnionemu. Zgodnie z przepisami postępowania cywilnego¹⁴⁴ właściwym w tej sytuacji będzie sąd I instancji (Juzgado de Primera Instancia) rozpatrujący sprawę w składzie jednoosobowym¹⁴⁵. Organami wyższego rzędu, rozpatrującymi apelacje od wyroków sądu I instancji są Audiencje Prowincjalne, organy kolegialne (Audiencias Provinciales) będące odpowiednikiem naszych sądów okręgowych. W sytuacjach ściśle przewidzianych prawem istnieje również możliwość wniesienia skargi kasacyjnej do Izby Pierwszej Sądu Najwyższego¹⁴⁶.

W omawianym postępowaniu to na skarżącym spoczywa ciężar udowodnienia krzywdzących skutków reklamy (bądź możliwości ich powstania), przy czym nie ma on obowiązku wykazania winy oskarżonego. Dla orzeczenia nakazu wstrzymania reklamy wystarczy więc samo niebezpieczeństwo spowodowania szkody lub krzywdy przez rozpowszechnianą reklamę. Domniemywa się więc, iż potencjalne zagrożenie stanowi wystarczającą przesłankę dla wydania orzeczenia zgodnego z żądaniem powoda. Należy jednak dodać iż jest to domniemanie wzruszalne- *iuris tantum*, które może zostać obalone przez pozwanego, gdy ten wykaże, iż rozpowszechnianie jego reklamy nie pociąga za sobą żadnego niebezpieczeństwa lub niebezpieczeństwo takie ustało¹⁴⁷. Zgodnie z treścią art. 32 ust. 1 pkt. 2 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, możliwe jest również żądanie wstrzymania reklamy której jeszcze nie rozpowszechniono. Orzeczenie wydane w takiej sytuacji bazuje na możliwości powstania przyszłej szkody, nie zobowiązuje więc pozwanego do wstrzymania swojej

¹⁴³ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 216, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁴⁴ Ley 1/2000 z 7 stycznia 2000 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Privado/11-2000.html

¹⁴⁵ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 215

¹⁴⁶ Maria Supera- Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, Warszawa 2009, str. 47

¹⁴⁷ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 544-545, (źródło: <http://books.google.es/books>)

reklamy, lecz całkowicie jej zakazuje, zanim jeszcze zostanie udostępniona szerszej publice. Moim zdaniem jest to rozwiązanie słuszne, ponieważ dzięki niemu nie dopuszcza się do powstania krzywdzących skutków reklamy oraz unika się dalszych postępowań, np. odszkodowawczego lub o przywrócenie stanu sprzed naruszenia.

2. Sprostowanie

W przeciwieństwie do zaprzestania reklamy, za pomocą tego środka prawnego nie zmierza się do zakończenia konkretnej działalności reklamowej już rozpoczętej lub mającej się dopiero rozpocząć, lecz stara się złagodzić jej skutki. Podstawę prawną sprostowania stanowi w szczególności osobna ustawa poświęcona tej materii¹⁴⁸ oraz art. 32 ust. 1 pkt. 4 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Przyjmuje się, że publikacja reklamy poprawionej, sprostowanej, ma na celu przywrócenie takiej sytuacji na rynku, jak gdyby niedozwolona reklama nigdy na nim nie zaistniała. Rozwiązanie takie stosuje się w wypadku, gdy „kontrreklama” jaką niewątpliwie jest owa reklama sprostowana, może przyczynić się w istotny sposób do naprawy szkód jakie poniósł pokrzywdzony¹⁴⁹.

Wątpliwości może budzić natomiast sytuacja w której sąd orzekł o konieczności sprostowania reklamy i rzeczywiście takie sprostowanie miało miejsce, jednak w dalszym ciągu nie wyeliminowano z niej elementów bezprawnych. Czy w takiej sytuacji istnieje możliwość ponownego jej zaskarżenia? Czy ewentualne zaskarżenie nie godzi w istotę *res iudicata*? Wobec powyższych dylematów należy uznać, iż reklama sprostowana stanowi nowy przekaz reklamowy podlegający zaskarżeniu¹⁵⁰.

Decyzję o nakazaniu sprostowania podejmuje sędzia zawsze jeżeli jego brak mógłby pogorszyć sytuację pokrzywdzonego. W orzeczeniu sądowym określa się jego miejsce i czas trwania. Jeżeli ze względu na charakter sprawy, mogłoby to się przyczynić do naprawy szkód spowodowanych przez zaskarżoną reklamę, sąd może zobowiązać pozwanego do publikacji sentencji wyroku w całości lub w części. Publikacja wyroku nie jest zatem oddzielnym roszczeniem lecz żądaniem posiłkowym.

O ile publikacja wyroku orzekającego bezprawność konkretnej reklamy jest rozstrzygnięciem słusznym o tyle nakazanie sprostowania moim zdaniem stanowi rozwiązanie nie w pełni trafne. Nakazanie określonemu podmiotowi publikacji przekazu reklamowego o konkretnej treści, na jego koszt i wbrew jego woli to zbyt daleko posunięta ingerencja w sferę jego wolności.

¹⁴⁸ Ley organica 2/1984 z 26 marca 1984, http://noticias.juridicas.com/base_datos/Admin/lo2-1984.html

¹⁴⁹ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 241

¹⁵⁰ Ibidem, str. 218-219

3. Zapłata odszkodowania i przywrócenie stanu sprzed naruszenia

Idealnym rozwiązaniem dla pokrzywdzonego w sytuacji naruszenia przysługujących mu praw byłoby przywrócenie stanu sprzed naruszenia. Ponieważ często jest to zwyczajnie niemożliwe, wytacza się wówczas powództwo o zapłatę odszkodowania, które stanowi dopełnienie odpowiedzialności cywilnej i ma za zadanie naprawić powstałe szkody gdy samo zaprzestanie reklamy nie jest wystarczające. Trudności w przypadku zastosowania tego rodzaju środka prawnego pojawiają się w momencie określenia wysokości odszkodowania bowiem nierzadko nie sposób precyzyjnie wyliczyć wartość poniesionej straty czy doznanej krzywdy.

Aby móc pociągnąć sprawcę czynu do odpowiedzialności odszkodowawczej konieczne jest wystąpienie trzech przesłanek:

- Rzeczywiste powstanie szkody – wówczas wylicza się jej wartość i na tej podstawie ustala się wysokość odszkodowania. Szkada polegać może na widocznym pomniejszeniu majątku poszkodowanego (*damnum emergens*) lub na utracie przyszłych korzyści (*lucrum cessans*). Włączenie do odpowiedzialności odszkodowawczej obowiązku pokrycia utraconych korzyści potwierdza art. 1106 hiszpańskiego kodeksu cywilnego.
- Zawinienie sprawcy, polegające na niedołożeniu przez niego należytych starań wymaganych okolicznościami, aby jego reklama nie była w stanie wygenerować szkód. Konieczność wystąpienia winy po stronie sprawcy wyraża wprost art. 32 ust. 1 pkt. 5 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- Istnienie związku przyczynowego między bezprawnym działaniem a powstałą szkodą. W tej kwestii często pojawiają się trudności w wykazaniu, iż konkretne, bezprawne działanie przyczyniło się do powstania szkody, ponieważ na pozycję określonego przedsiębiorcy na rynku (a to zwykle przeciw niemu kierowana jest niedozwolona reklama) składa się wiele czynników¹⁵¹.

4. Uczestnicy postępowania

Zgodnie z art. 33 hiszpańskiej ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, legitymacja czynna przysługuje każdemu, kto został dotknięty przez reklamę będącą przedmiotem postępowania, bez względu na to czy jest to osoba fizyczna lub prawna. Takie unormowanie umożliwia udział w postępowaniu po stronie powodowej każdemu, kto posiada prawo podmiotowe lub interes prawny. Legitymowany czynnie musi mieć

¹⁵¹ Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 261-264, (źródło: <http://books.google.es/books>)

poczucie, iż jego interes prawny został naruszony, jednak nie oznacza to, iż faktycznie tak się stało. Oprócz osoby bezpośrednio poszkodowanej, powództwo mogą wytoczyć stowarzyszenia, korporacje reprezentujące interesy gospodarcze swoich członków, a w szczególności organizacje broniące praw konsumentów oraz prokurator.

Analizując postanowienia dotyczące legitymacji biernej, skierowanie powództwa możliwe jest przeciwko każdej osobie, która dopuściła się działalności nieuczciwej, zleciła jej wykonanie, lub współpracowała przy jej realizacji (art. 34 wyżej wymienionej ustawy). Co do zasady przyjmuje się, że legitymowanym biernie w takim procesie będzie reklamujący się, ponieważ to na jego korzyść i w jego imieniu rozpowszechnia się reklamę. Nie należy jednak zapominać, że orzeczenie jakie zapadnie w sprawie reklamy dotyczy również innych podmiotów, jak np. agencje reklamowe, media, gdyż one również są zainteresowane i biorą czynny udział w publikacji przekazów reklamowych.

Pewne kontrowersje może budzić w tym wypadku kwestia *product placement* oraz sponsoringu. Otóż można rozważać czy sponsor, jako osoba, którą przedstawia się w reklamie, może być podmiotem, przeciwko któremu kieruje się pozew. De la Cuesta Rute stoi na stanowisku zgodnie z którym, sponsor nie nabywa żadnych praw do utworu, który finansuje, więc orzeczenie w przedmiocie zaprzestania reklamy nie mogłoby zostać przez niego wykonane i dlatego nie ma możliwości skierowania pozwu przeciw niemu w takiej sytuacji¹⁵².

Problematyczne byłoby również nakazanie usunięcia pewnych treści z reklamy skierowane do jej twórcy. W takiej sytuacji zostałoby bowiem naruszone przysługujące autorowi prawo do integralności swojego dzieła.

Powyższe rozważania prowadzą do wniosków, iż nie w każdym przypadku legitymacja bierna przysługuje każdej osobie, która czerpie korzyści z publikacji reklamy.

§2. Odpowiedzialność administracyjna

Ingerencja Państwa w wiele obszarów życia społecznego odbywa się w oparciu o przepisy administracyjne, nie inaczej jest w przypadku reklamy. Głównym mechanizmem kontroli jest instytucja uprzedniej autoryzacji, o której była już mowa w mojej pracy w paragrafie poświęconym ramom konstytucyjnym działalności reklamowej i ograniczeniom z tym związanym. Rola organów administracyjnych

¹⁵² José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 224-227

sprowadza się zatem do kontroli specyficznych dziedzin życia społecznego, określonych profesji, wspierania systemu samoregulacji oraz występowania w postępowaniach skierowanych przeciw niedozwolonej reklamie. W niektórych państwach to właśnie organy administracyjne rozstrzygają spory dotyczące reklamy, tak jest np. w USA gdzie tę funkcję sprawuje Federalna Komisja ds. Handlu (Federal Trade Commission)¹⁵³, jednak w Hiszpanii zdecydowano się na pozostawienie tych kompetencji sądom. Odpowiedzialność administracyjna nigdy nie może skutkować nałożeniem kary pozbawienia wolności a każda decyzja organów administracyjnych podlega kontroli sądów administracyjnych. W przypadku zbiegu postępowań karnego i administracyjnego, sprawę powinien rozpatrzyć sąd karny. Tylko w przypadku uniewinnienia oskarżonego w postępowaniu karnym możliwe jest nałożenie sankcji administracyjnej w tej samej sprawie¹⁵⁴.

§3. Odpowiedzialność karna

Przepis karny sankcjonujący działalność reklamową prawodawca hiszpański słusznie postanowił umieścić wśród innych przepisów dotyczących deliktów względem rynku i konsumentów¹⁵⁵. Dobro prawnie chronione, zdaniem przeważającej części doktryny, to w tym wypadku ogólny interes ogółu konsumentów, polegający na prawdziwości przekazów reklamowych, uważanych za szczególny aspekt poprawnego funkcjonowania rynku (tak np.: Carbonell Mateu, Choclán Montalvo, Cuerda Riezu, González Rus)¹⁵⁶. Z tego powodu chronione dobro nie przysługuje generalnie całemu społeczeństwu, ani też indywidualnemu konsumentowi, lecz całej ich zbiorowości.

Zagrożenie karą w przypadku popełnienia tego deliktu wynosi od 6 miesięcy do 1 roku pozbawienia wolności lub karą pieniężną w wysokości 12 - 24 miesięcy, następnie przeliczaną według stawek dziennych, których wysokość wynosi od 2 do 400 euro (art. 50 ust. 4 hiszpańskiego kodeksu karnego). Podkreślenia wymaga fakt, iż całe postępowanie jest postępowaniem prywatnoskargowym, a więc sprawcę deliktu, o którym mowa ściga się wyłącznie na wyraźne żądanie podmiotu pokrzywdzonego lub jego prawnych przedstawicieli (art. 287 kodeksu karnego)¹⁵⁷. Jest to rozwiązanie dosyć

¹⁵³ José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002, str. 219

¹⁵⁴ Ibidem, str. 122

¹⁵⁵ Art. 282 hiszpańskiego kodeksu karnego, Ley orgánica 10/1995 z 23 listopada 1995 r., http://noticias.juridicas.com/base_datos/Penal/lo10-1995.html

¹⁵⁶ Pedro Ángel Rubio Lara, *Parte especial de derecho penal económico español*, Madryt 2006, str. 92, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁵⁷ Juan José Marín López, Rafael Sánchez Arísti, *La protección jurídica de los consumidores*, Madryt 2003, str. 138, (źródło: <http://books.google.es/books>)

zaskakujące, zważywszy na fakt, jakie dobro usiłuje się chronić. Moim zdaniem w sprawach szczególnie poważnych, pożądane byłoby ściganie sprawcy deliktu z urzędu.

O sposobie w jaki zredagowano art. 282 kodeksu karnego¹⁵⁸, niestety nie można powiedzieć, że jest w pełni udany a jego analiza dostarcza szeregu rozterek. Po pierwsze, zgodnie z wykładnią językową, karze podlegają jedynie producenci i handlowcy, którzy w swoich ofertach lub reklamach przytaczają fałszywe argumenty lub informacje niepewne. Konsekwentnie, karze nie podlegają agencje reklamowe, które przecież uczestniczą w kreowaniu i realizacji wiadomości reklamowych. Wyraźne wskazanie osób jakie ponoszą odpowiedzialność jest w tym wypadku niewłaściwe, ponieważ, część podmiotów odpowiedzialnych uniknie w ten sposób kary, co więcej odbędzie się to w całkowitej zgodności z prawem.

Analizując zakres omawianego artykułu, wyłania się jego kolejna słabość. Otóż z jego treści można wywnioskować, iż odnosi on się tylko do reklamy wprowadzającej w błąd a wyłączone z obszaru jego zastosowania zostają pozostałe formy reklamy niedozwolonej, jak np. reklama stosująca grę pominięć i przemilczeń¹⁵⁹ czy reklama ukryta¹⁶⁰.

¹⁵⁸ „Podlegają karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do 1 roku lub karze pieniężnej od 12 do 24 miesięcy producenci lub handlowcy, którzy w ofertach lub reklamach swoich produktów lub usług przytaczają nieprawdziwe argumenty lub informacje niepewne, w sposób w jaki może to spowodować poważną i wyraźną szkodę konsumenta, bez uszczerbku dla innych możliwych do nałożenia kar wynikających z przepisów odmiennych”.

¹⁵⁹ Tak uważają: Carbonell Mateu, Martínez – Buján Pérez, Sánchez García, Querart Jiménez, Suárez González, stanowisko przeciwne: Manzanarez Samaniego, Gimbernat Ordeig. Pedro Ángel Rubio Lara, *Parte especial de derecho penal económico español*, Madryt 2006, str. 94, (źródło: <http://books.google.es/books>)

¹⁶⁰ Juan José Marín López, Rafael Sánchez Aristi, *La protección jurídica de los consumidores*, Madryt 2003, str. 148, (źródło: <http://books.google.es/books>)

Zakończenie - uwagi końcowe

Reklama stanowi obecnie nierozzerwalny i znaczący element współzawodnictwa na wolnym rynku, jest jednym z czynników, decydującym o tym, kto i na jakich warunkach się na nim utrzyma. Ze względu na dużą zdolność perswazyjną przekazów reklamowych, pozostawienie tej dziedziny życia społecznego samej sobie, bez ustanowienia odpowiednich zasad i reguł, mogłoby pociągać za sobą niekorzystne skutki.

Z tych powodów, na pełną aprobatę zasługuje postawa ustawodawcy hiszpańskiego, który świadomy znaczenia i siły fenomenu reklamowego tworzy odpowiednie regulacje prawne, stale je ulepszając i dostosowując do zmieniających się okoliczności. Już sama data wydania Statutu reklamy, aktu prawnego, który jako pierwszy unormował kwestie reklamy w Hiszpanii, świadczy o jego dalekowzroczności i zdolności przewidywania. Tym niemniej, rozdzielenie reklamy i konkurencji poprzez wydanie dwóch odrębnych ustaw, było rozwiązaniem niekorzystnym, ponieważ oba te zjawiska są ze sobą ściśle powiązane.

Przeprowadzona przeze mnie analiza hiszpańskich przepisów prawnych dotyczących reklamy prowadzi do następujących wniosków:

- Po pierwsze, w unormowaniu omawianej dziedziny brak jest konsekwencji. Decydując się na wydanie samodzielnej ustawy poświęconej wyłącznie zagadnieniom reklamy, prawodawca hiszpański powinien był zadbać, aby była to regulacja kompleksowa, wyczerpująca i zupełna. Niestety tak nie jest, bowiem ustawa o reklamie zawiera jedynie postanowienia ogólne, podczas gdy kwestiom bardziej wnikliwym poświęcono odrębne akty normatywne. Moim zdaniem, nie ma jakichkolwiek powodów, które uniemożliwiałyby takie ukształtowanie przepisów ustawy o reklamie, gdzie po części ogólnej, następne w kolejności byłyby przepisy bardziej szczegółowe, regulujące reklamę ze względu na jej formę, środki przekazu używane w celu jej rozpowszechnienia bądź rodzaj reklamowanego produktu lub usługi.
- Po drugie, ukształtowanie administracyjne Hiszpanii, podział na wspólnoty autonomiczne a co się z tym wiąże duże zróżnicowanie i odrębności w dziedzinie kompetencji ustawodawczych, skutkuje brakiem jednolitych

rozwiązań dotyczących określonych dziedzin. Konsekwencją tego jest brak jasnych i czytelnych reguł w dziedzinie reklamy.

- Po trzecie, nowelizacja ustaw o reklamie i o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, która weszła w życie wraz z początkiem tego roku przyniosła pożądane skutki. Mianowicie położyła kres kolizji obu ustaw oraz wzmocniła regulacje prawne w dziedzinie ochrony konsumentów i użytkowników. Z drugiej strony, jej konsekwencją jest kolejne rozwarstwienie przepisów dotyczących reklamy, polegające na wyłączeniu niektórych zagadnień z zakresu „właściwej” ustawy o reklamie i poddanie ich pod rządy ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.
- Po czwarte, na uznanie zasługuje wprowadzony w Hiszpanii i efektywnie działający system samoregulacji. Moim zdaniem jest on niezbędnym dopełnieniem regulacji normatywnych w przedmiocie utrzymywania etycznych kanonów reklamy i piętnowania jej nieuczciwych przejawów.

Resumując, mnogość przepisów prawnych regulujących reklamę, ich zróżnicowany sposób uszczegółowienia oraz odmienność źródeł z których się wywodzą, sprawiają, iż normatywna regulacja dziedziny reklamy jest dla zwykłego laika zbyt skomplikowana i niejasna.

Aneks

Tekst hiszpańskiej ustawy o reklamie w oryginale.

Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad.

TÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 1. Objeto.

La publicidad se regirá por esta Ley, por la Ley de Competencia Desleal y por las normas especiales que regulen determinadas actividades publicitarias.

Artículo 2.

A los efectos de esta Ley, se entenderá por:

Publicidad:

Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones.

Destinatarios:

Las personas a las que se dirija el mensaje publicitario o a las que este alcance.

TÍTULO II.

DE LA PUBLICIDAD ILÍCITA Y DE LAS ACCIONES PARA HACERLA CESAR

Artículo 3. Publicidad ilícita.

Es ilícita:

- a) La publicidad que atente contra la dignidad de la persona o vulnere los valores y derechos reconocidos en la Constitución, especialmente a los que se refieren sus artículos 14, 18 y 20, apartado 4.

Se entenderán incluidos en la previsión anterior los anuncios que presenten a las mujeres de forma vejatoria o discriminatoria, bien utilizando particular y directamente su cuerpo o partes del mismo como mero objeto desvinculado del producto que se pretende promocionar, bien su imagen asociada a comportamientos estereotipados que vulneren los fundamentos de nuestro ordenamiento coadyuvando a generar la violencia a que se refiere la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género.

- b) La publicidad dirigida a menores que les incite a la compra de un bien o de un servicio, explotando su inexperiencia o credulidad, o en la que aparezcan persuadiendo de la compra a padres o tutores. No se podrá, sin un motivo justificado, presentar a los niños en situaciones peligrosas. No se deberá inducir a error sobre las características de los productos, ni sobre su seguridad, ni tampoco

sobre la capacidad y aptitudes necesarias en el niño para utilizarlos sin producir daño para sí o a terceros.

c) La publicidad subliminal.

d) La que infrinja lo dispuesto en la normativa que regule la publicidad de determinados productos, bienes, actividades o servicios.

e) La publicidad engañosa, la publicidad desleal y la publicidad agresiva, que tendrán el carácter de actos de competencia desleal en los términos contemplados en la Ley de Competencia Desleal.

Artículo 4. Publicidad subliminal.

A los efectos de esta Ley, será publicidad subliminal la que mediante técnicas de producción de estímulos de intensidades fronterizas con los umbrales de los sentidos o análogos, pueda actuar sobre el público destinatario sin ser conscientemente percibida.

Artículo 5. Publicidad sobre determinados bienes o servicios.

1. La publicidad de materiales o productos sanitarios y de aquellos otros sometidos a reglamentaciones técnico-sanitarias, así como la de los productos, bienes, actividades y servicios susceptibles de generar riesgos para la salud o seguridad de las personas o de su patrimonio, o se trate de publicidad sobre juegos de suerte, envite o azar, podrá ser regulada por sus normas especiales o sometida al régimen de autorización administrativa previa. Dicho régimen podrá asimismo establecerse cuando la protección de los valores y derechos constitucionalmente reconocidos así lo requieran.

2. Los reglamentos que desarrollen lo dispuesto en el número precedente y aquellos que al regular un producto o servicio contengan normas sobre su publicidad especificarán:

a) La naturaleza y características de los productos, bienes, actividades y servicios cuya publicidad sea objeto de regulación. Estos reglamentos establecerán la exigencia de que en la publicidad de estos productos se recojan los riesgos derivados, en su caso, de la utilización normal de los mismos.

b) La forma y condiciones de difusión de los mensajes publicitarios.

c) Los requisitos de autorización y, en su caso, registro de la publicidad, cuando haya sido sometida al régimen de autorización administrativa previa.

En el procedimiento de elaboración de estos reglamentos será preceptiva la audiencia de las organizaciones empresariales representativas del sector, de las asociaciones de agencias y de anunciantes y de las asociaciones de consumidores y usuarios, en su caso, a través de sus órganos de representación institucional.

3. El otorgamiento de autorizaciones habrá de respetar los principios de libre competencia, de modo que no pueda producirse perjuicio de otros competidores.

La denegación de solicitudes de autorización deberá ser motivada.

Una vez vencido el plazo de contestación que las normas especiales establezcan para los expedientes de autorización, se entenderá otorgado el mismo por silencio administrativo positivo.

4. Los productos estupefacientes, psicotrópicos y medicamentos, destinados al consumo

de personas y animales, solamente podrán ser objeto de publicidad en los casos, formas y condiciones establecidos en las normas especiales que los regulen.

5. Se prohíbe la publicidad de bebidas con graduación alcohólica superior a 20 grados centesimales, por medio de la televisión.

Queda prohibida la publicidad de bebidas alcohólicas en aquellos lugares donde esté prohibida su venta o consumo.

La forma, contenido y condiciones de la publicidad de bebidas alcohólicas serán limitados reglamentariamente en orden a la protección de la salud y seguridad de las personas, teniendo en cuenta los sujetos destinatarios, la no inducción directa o indirecta a su consumo indiscriminado y en atención a los ámbitos educativos, sanitarios y deportivos.

Con los mismos fines que el párrafo anterior el Gobierno podrá, reglamentariamente, extender la prohibición prevista en este apartado a bebidas con graduación alcohólica inferior a 20 grados centesimales.

6. El incumplimiento de las normas especiales que regulen la publicidad de los productos, bienes, actividades y servicios a que se refieren los apartados anteriores, tendrá consideración de infracción a los efectos previstos en la y en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y Ley General de Sanidad.

Artículo 6. Acciones frente a la publicidad ilícita.

1. Las acciones frente a la publicidad ilícita serán las establecidas con carácter general para las acciones derivadas de la competencia desleal por el capítulo IV de la Ley 3/1991, de 10 enero, de Competencia Desleal.

2. Adicionalmente, frente a la publicidad ilícita por utilizar de forma discriminatoria o vejatoria la imagen de la mujer, están legitimados para el ejercicio de las acciones previstas en el :artículo 32.1, 1 a 4 de la Ley de Competencia Desleal:

- a) La Delegación del Gobierno para la Violencia de Género.
- b) El Instituto de la Mujer o su equivalente en el ámbito autonómico.
- c) Las asociaciones legalmente constituidas que tengan como objetivo único la defensa de los intereses de la mujer y no incluyan como asociados a personas jurídicas con ánimo de lucro.
- d) El Ministerio Fiscal.

Artículo 6 bis.

1. A los efectos de esta Ley, será publicidad comparativa la que aluda explícita o implícitamente a un competidor o a los bienes o servicios ofrecidos por él.

2. La comparación estará permitida si cumple los siguientes requisitos:

- a) Los bienes o servicios comparados habrán de tener la misma finalidad o satisfacer las mismas necesidades.
- b) La comparación se realizará de modo objetivo entre una o más características esenciales, pertinentes, verificables y representativas de los bienes o servicios, entre las cuales podrá incluirse el precio.

- c) En el supuesto de productos amparados por una denominación de origen o indicación geográfica, denominación específica o especialidad tradicional garantizada, la comparación sólo podrá efectuarse con otros productos de la misma denominación.
- d) No podrán presentarse bienes o servicios como imitaciones o réplicas de otros a los que se aplique una marca o nombre comercial protegido.
- e) Si la comparación hace referencia a una oferta especial se indicará su fecha de inicio, si no hubiera comenzado aun, y la de su terminación.
- f) No podrá sacarse una ventaja indebida de la reputación de una marca, nombre comercial u otro signo distintivo de algún competidor, ni de las denominaciones de origen o indicaciones geográficas, denominaciones específicas o especialidades tradicionales garantizadas que amparen productos competidores. Tampoco podrá sacarse una ventaja indebida, en su caso, del método de producción ecológica de los productos competidores.

3. En aquellas profesiones colegiadas en las que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8.1 de la presente Ley, resulte de aplicación una norma especial o un régimen de autorización administrativa previa en relación con su actividad publicitaria, la publicidad comparativa de sus servicios profesionales se ajustará a lo que se disponga en dicha norma o régimen.

Los requisitos que conforme a esta Ley ha de reunir la publicidad comparativa para ser considerada lícita deberán ser exigidos, en todo caso, por la normativa especial a la que se refiere el párrafo anterior, la cual podrá establecer además otras limitaciones o prohibiciones del uso de comparaciones en la publicidad.

4. El incumplimiento de los requisitos previstos en el apartado 2 del presente artículo y, en general, cualquier publicidad desleal que induzca a error a los consumidores, tendrá la consideración de infracción a los efectos previstos en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

TÍTULO III.

DE LA CONTRATACIÓN PUBLICITARIA

CAPÍTULO I.

DISPOSICIONES GENERALES

Artículo 7.

Los contratos publicitarios se regirán por las normas contenidas en el presente Título y, en su defecto, por las reglas generales del derecho común. Lo dispuesto en el mismo será de aplicación a todos los contratos publicitarios, aun cuando versen sobre actividades publicitarias no comprendidas en el artículo 2.

Artículo 8.

A los efectos de esta Ley:

- Es anunciante la persona natural o jurídica en cuyo interés se realiza la publicidad.
- Son agencias de publicidad las personas naturales o jurídicas que se dediquen profesionalmente y de manera organizada a crear, preparar, programar o ejecutar publicidad por cuenta de un anunciante.
- Tendrán la consideración de medios de publicidad las personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, que, de manera habitual y organizada, se dediquen a la difusión de publicidad a través de los soportes o medios de comunicación social cuya titularidad ostenten.

Artículo 9.

Los medios de difusión deslindarán perceptiblemente las afirmaciones efectuadas dentro de su función informativa de las que hagan como simples vehículos de publicidad. Los anunciantes deberán asimismo desvelar inequívocamente el carácter publicitario de sus anuncios.

Artículo 10.

El anunciante tiene derecho a controlar la ejecución de la campaña de publicidad.

Para garantizar este derecho, las organizaciones sin fines lucrativos constituidas legalmente en forma tripartita por anunciantes, agencias de publicidad y medios de difusión podrán comprobar la difusión de los medios publicitarios y, en especial, las cifras de tirada y venta de publicaciones periódicas.

Esta comprobación se hará en régimen voluntario.

Artículo 11.

En los contratos publicitarios no podrán incluirse cláusulas de exoneración, imputación o limitación de la responsabilidad frente a terceros en que puedan incurrir las partes como consecuencia de la publicidad.

Artículo 12.

Se tendrá por no puesta cualquier cláusula por la que, directa o indirectamente, se garantice el rendimiento económico o los resultados comerciales de la publicidad, o se prevea la exigencia de responsabilidad por esta causa.

CAPÍTULO II.

DE LOS CONTRATOS PUBLICITARIOS

SECCIÓN I. CONTRATO DE PUBLICIDAD

Artículo 13.

Contrato de publicidad es aquél por el que un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma.

Cuando la agencia realice creaciones publicitarias, se aplicarán también las normas del contrato de creación publicitaria.

Artículo 14.

El anunciante deberá abstenerse de utilizar para fines distintos de los pactados cualquier idea, información o material publicitario suministrado por la agencia. La misma obligación tendrá la agencia respecto de la información o material publicitario que el anunciante le haya facilitado a efectos del contrato.

Artículo 15.

Si la publicidad no se ajustase en sus elementos esenciales a los términos del contrato o a las instrucciones expresas del anunciante, este podrá exigir una rebaja de la contraprestación o la repetición total o parcial de la publicidad en los términos pactados, y la indemnización, en uno y otro caso, de los perjuicios que se le hubieren irrogado.

Artículo 16.

Si la agencia injustificadamente no realiza la prestación comprometida o lo hace fuera del término establecido, el anunciante podrá resolver el contrato y exigir la devolución de lo pagado, así como la indemnización de daños y perjuicios.

Asimismo, si el anunciante resolviera o incumpliere injustificada y unilateralmente el contrato con la agencia sin que concurran causas de fuerza mayor o lo cumpliera solo de forma parcial o defectuosa, la agencia podrá exigir la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar.

La extinción del contrato no afectará a los derechos de la agencia por la publicidad realizada antes del incumplimiento.

SECCIÓN II.

CONTRATO DE DIFUSIÓN PUBLICITARIA

Artículo 17.

Contrato de difusión publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación fijada en tarifas preestablecidas, un medio se obliga en favor de un anunciante o agencia a permitir la utilización publicitaria de unidades de espacio o de tiempo disponibles y a desarrollar la actividad técnica necesaria para lograr el resultado publicitario.

Artículo 18.

Si el medio, por causas imputables al mismo, cumpliera una orden con alteración, defecto o menoscabo de algunos de sus elementos esenciales, vendrá obligado a ejecutar de nuevo la publicidad en los términos pactados. Si la repetición no fuere posible, el anunciante o la agencia podrán exigir la reducción del precio y la indemnización de los

perjuicios causados.

Artículo 19.

Salvo caso de fuerza mayor, cuando el medio no difunda la publicidad, el anunciante o la agencia podrán optar entre exigir una difusión posterior en las mismas condiciones pactadas o denunciar el contrato con devolución de lo pagado por la publicidad no difundida. En ambos casos, el medio deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados.

Si la falta de difusión fuera imputable al anunciante o a la agencia, el responsable vendrá obligado a indemnizar al medio y a satisfacerle íntegramente el precio, salvo que el medio haya ocupado total o parcialmente con otra publicidad las unidades de tiempo o espacio contratadas.

SECCIÓN III.

CONTRATO DE CREACIÓN PUBLICITARIA

Artículo 20.

Contrato de creación publicitaria es aquél por el que, a cambio de una contraprestación, una persona física o jurídica se obliga en favor de un anunciante o agencia a idear y elaborar un proyecto de campaña publicitaria, una parte de la misma o cualquier otro elemento publicitario.

Artículo 21.

Las creaciones publicitarias podrán gozar de los derechos de propiedad industrial o intelectual cuando reúnan los requisitos exigidos por las disposiciones vigentes.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los derechos de explotación de las creaciones publicitarias se presumirán, salvo pacto en contrario, cedidos en exclusiva al anunciante o agencia, en virtud del contrato de creación publicitaria y para los fines previstos en el mismo.

SECCIÓN IV.

CONTRATO DE PATROCINIO

Artículo 22.

El contrato de patrocinio publicitario es aquél por el que el patrocinado, a cambio de una ayuda económica para la realización de su actividad deportiva, benéfica, cultural, científica o de otra índole, se compromete a colaborar en la publicidad del patrocinador.

El contrato de patrocinio publicitario se regirá por las normas del contrato de difusión publicitaria en cuanto le sean aplicables.

TÍTULO IV.**DE LA ACCIÓN DE CESACIÓN Y RECTIFICACIÓN Y DE LOS PROCEDIMIENTOS .**

Artículo 25. derogado.

Artículo 26. derogado.

Artículo 27. derogado.

Artículo 28. derogado.

Artículo 29. derogado.

Artículo 30. derogado.

Artículo 31. derogado.

Artículo 32. derogado.

Artículo 33. derogado.

DISPOSICIÓN ADICIONAL**DISPOSICIÓN TRANSITORIA.**

Las normas que regulan la publicidad de los productos a que se refiere el artículo 8 conservarán su vigencia hasta tanto no se proceda a su modificación para adaptarlas a lo dispuesto en la presente Ley.

DISPOSICIÓN DEROGATORIA.

Queda derogada la Ley 61/1964, de 11 de junio, por la que se aprueba el Estatuto de la Publicidad, y cuantas disposiciones se opongan a lo establecido en la presente Ley.

Hiszpańska ustawa o reklamie w moim tłumaczeniu.

Ustawa 34/1988 o reklamie z 11 listopada 1988 r.

TYTUŁ I

DYSPOZYCJE OGÓLNE

Art. 1

Reklama jest regulowana przez przepisy niniejszej ustawy, ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz przepisy szczegółowe dotyczące niektórych działalności reklamowych.

Art. 2

Dla celów niniejszej ustawy przez reklamę rozumie się:

Każdą formę komunikacji realizowaną przez osobę fizyczną lub prawną, publiczną lub prywatną, w wykonywaniu działalności handlowej, przemysłowej, rzemieślniczej czy zawodowej, w wyniku której promuje się w sposób bezpośredni lub pośredni zakup dóbr ruchomych lub nieruchomości, usług, praw i zobowiązań.

Odbiorcy:

Osoby do których kieruje się wiadomość reklamową lub w których jest zasięgu.

TYTUŁ II

REKLAMA NIEDOZWOLONA ORAZ MOŻLIWE CZYNNOŚCI W CELU JEJ WSTRZYMANIA.

Art. 3 Reklama niedozwolona.

Jest niedozwoloną:

a) Reklama dokonująca uchybająca godności człowieka lub naruszająca wartości i prawa przyznane przez Konstytucję, w szczególności te do których odnoszą się jej art. 14, 18 i 20 ust. 4.

Uważa się za zawarte w rozważaniach wcześniejszych, reklamy, które prezentują kobiety w formie poniżającej, używając samodzielnie i bezpośrednio ich ciała, bądź jego części, jako zwykły obiekt nie związany z produktem, który usiłuje się reklamować, przedstawiając ich wizerunek w taki sposób, że będzie on kojarzony z zachowaniami stereotypowymi, lub takie, które łamią fundamenty naszego porządku prawnego, przyczyniając się do generowania przemocy, której dotyczy: *Ley Orgánica de medidas de protección integral contra la violencia de género*. (prawo o środkach ochrony przeciwko przemocy mające rozwiązać 2 główne problemy: przemoc w rodzinie i przemoc wobec kobiet).

b) Reklama skierowana do dzieci, zachęcająca je do kupna towaru lub skorzystania z usługi, wykorzystująca ich brak doświadczenia lub łatwowierność lub taka reklama, w której ukazuje się dzieci w sytuacji kiedy nakłaniają one do zakupu swoich rodziców lub opiekunów. Nie można, bez usprawiedliwionych powodów, przedstawiać dzieci w sytuacjach niebezpiecznych. Nie można wprowadzać w błąd co do cech produktu, ani co do jego bezpieczeństwa, ani co do uzdolnień lub talentu jakie musi posiadać dziecko aby używając produktu nie wyrządziło szkody sobie lub osobom trzecim.

c) Reklama podprogowa.

d) Reklama która narusza postanowienia aktów normatywnych dotyczących reklamy określonych produktów, dóbr, działalności czy usług.

e) Reklama wprowadzająca w błąd, reklama nieuczciwa i reklama agresywna, która ma charakter czynu nieuczciwej konkurencji w rozumieniu ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

Art. 4 Reklama podprogowa.

W rozumieniu niniejszej ustawy mieści się również reklama podprogowa, która poprzez techniki produkcji, bodźce lub analogie, może działać na swoich adresatów bez bycia przez nich postrzeganą .

Art. 5 Reklama określonych produktów lub usług.

1. Reklama materiałów lub produktów sanitarnych i innych podporządkowanych przepisom techniczno-sanitarnym, takich jak produkty, dobra, działalności i usługi mogące spowodować niebezpieczeństwo dla zdrowia lub bezpieczeństwa osób albo ich majątku, lub reklama gier hazardowych, zakładów, gier losowych, może być regulowana przez normy szczegółowe lub podporządkowana w trybie uprzedniej autoryzacji administracyjnej. Tryb o którym mowa, może być również ustanowiony w sytuacji, kiedy wymaga tego ochrona wartości i praw przyznanych konstytucyjnie.

2. Przepisy rozwijające postanowienia o których mowa w poprzednim ustępie i te, które regulują reklamę określonych dóbr lub usług, w szczególności mogą dotyczyć:

- a) Pochodzenia i cech charakterystycznych produktów, dóbr, działalności i usług których reklama jest przedmiotem regulacji. Te przepisy ustanawiają wymóg, zgodnie z którym, w reklamie tych produktów należy zawrzeć możliwe ryzyko związane z ich normalnym użytkowaniem.
- b) Formy i warunków rozpowszechniania przekazów reklamowych.
- c) Wymogów autoryzacji i w niektórych wypadkach, rejestracji reklamy, kiedy ta była poddana pod tryb uprzedniej autoryzacji administracyjnej.

W procesie wytworzenia tych przepisów uczestniczyć będą organizacje przedsiębiorców reprezentujących branżę, stowarzyszenia agencji reklamowych i reklamodawców oraz konsumentów i użytkowników, w tym przypadku, przez ich instytucjonalne organy przedstawicielskie.

3. Udzielanie autoryzacji musi respektować zasady uczciwej konkurencji, w sposób w jaki nie może ono wyrządzić szkody innym konkurentom.

Odrzucenie podania o autoryzację powinno być uzasadnione.

Po upływie terminu, przewidzianego przez przepisy szczegółowe dla postępowania w sprawie autoryzacji, domniemywa się, iż została ona udzielona poprzez milczenie administracyjne.

4. Środki odurzające, psychotropowe i lekarstwa, przeznaczone dla ludzi lub zwierząt, mogą być przedmiotem reklamy jedynie w przypadkach, formach i na warunkach przewidzianych w przepisach szczegółowych.

5. Zabrania się reklamy w telewizji napojów alkoholowych o zawartości alkoholu przekraczającej 20%.

Utrzymuje się zakaz reklamy napojów alkoholowych w tych miejscach, gdzie zabroniona jest ich sprzedaż lub spożycie.

Forma, treść i warunki reklamy napojów alkoholowych mogą być ograniczane w drodze przepisów dotyczących ochrony zdrowia i bezpieczeństwa osób, mając na uwadze podmioty do których kieruje się reklamę, przez wzgląd na sferę wychowawczą, zdrowotną i sportową.

Z tych samych względów co w ustępie poprzednim rząd może, w drodze odrębnych przepisów, rozciągnąć zakaz przewidziany w tym ustępie na napoje alkoholowe o zawartości alkoholu niższej niż 20%.

6. Niezastosowanie się do przepisów regulujących reklamę produktów, dóbr, działalności i usług o których mowa w ustępach poprzedzających, będzie postrzegane jako naruszenie przepisów ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników oraz ustawy o ochronie zdrowia.

Art. 6 Czynności wobec reklamy niedozwolonej.

1. Czynności o charakterze ogólnym wobec reklamy niedozwolonej, jako że mają swoje źródło w nieuczciwej konkurencji, są przewidziane w rozdziale IV ustawy 3/1991 z 10 stycznia 1991 r. o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji.

2. Dodatkowo, wobec niedozwolonej reklamy, polegającej na użyciu w sposób dyskryminujący lub poniżający wizerunku kobiety, do podjęcia czynności przewidzianych w art. 32 ust. 1, pkt 1-4, legitymowanymi są:

- a) Przedstawiciele rządu ds. Przemocy.
- b) Instytut Kobiety lub jego odpowiednik w sferze autonomicznej.
- c) Zgodnie z prawem utworzone stowarzyszenia, których jedynym celem jest obrona praw kobiet i nie zrzeszających jako członków osób prawnych nastawionych na zysk.
- d) Prokurator.

Art. 6 bis.

1. Do zakresu tej ustawy należy reklama porównawcza, czyli taka reklama, która nawiązuje wyraźnie lub w sposób dorozumiany do konkurenta albo do produktów lub usług przez niego oferowanych.

2. Porównanie jest dozwolone jeśli spełnia następujące warunki:

- e) Dobra albo usługi porównywane mają ten sam cel albo spełniają te same potrzeby.
- f) Porównania dokonuje się w sposób obiektywny w ramach jednej lub więcej cech istotnych, rzeczowych, sprawdzalnych i reprezentatywnych tych produktów lub usług, pośród których może zawierać się cena.
- g) Jeżeli chodzi o produkty chronione przez świadectwo pochodzenia albo wskazanie geograficzne, wyszczególnioną nazwę lub specjalność tradycyjną zagwarantowaną, porównanie może dotyczyć jedynie produktów o tej samej nazwie.
- h) Nie można prezentować produktów lub usług będących imitacjami bądź kopiami innych, których znak towarowy lub nazwa firmy podlega ochronie.
- i) Jeśli porównanie powołuje się na ofertę specjalną, wskazuje się datę jej rozpoczęcia, jeśli się jeszcze nie zaczęła, i datę jej zakończenia.
- j) Nie można czerpać korzyści należnych innej marce, nazwie firmy albo innemu znakowi odróżniającemu innego konkurenta, ani z oznaczeń pochodzenia albo wskazań geograficznych, nazw specyficznych albo specjalności tradycyjnych gwarantowanych, które chronią produkty konkurentów. Nie można także czerpać korzyści, nienależnych w tym przypadku, z tytułu metod produkcji ekologicznej towarów konkurencyjnych.

3. W tych zawodach profesjonalnych, co do których zgodnie z postanowieniami art. 8.1 niniejszej ustawy może zostać zastosowany przepis szczególny, bądź wymóg uprzedniej autoryzacji administracyjnej w związku z działalnością reklamową, reklama porównawcza takich usług profesjonalnych podlega temu co stanowi owa norma lub wymóg.

Wymogi, które zgodnie z tą ustawą ma spełniać reklama porównawcza aby była uznana

za dozwoloną muszą być wymagane, w każdym przypadku, przez przepis szczegółowy do którego odnosi się ustęp wcześniejszy. Przepisy szczegółowe mogą również ustanawiać dodatkowe ograniczenia lub zakazy używania porównań w reklamie.

4. Niezastosowanie się do wymogów przewidzianych w ust. 2 tego artykułu i ogólnie, jakakolwiek reklama nieuczciwa, która wprowadza w błąd konsumentów, będzie uważane jako naruszenie postanowień przewidzianych w ustawie 26/1984 z 19 lipca o ochronie konsumentów i użytkowników.

TYTUŁ III

UMOWY REKLAMOWE

ROZDZIAŁ I

POSTANOWIENIA OGÓLNE.

Art. 7

Umowy reklamowe regulują przepisy niniejszego Tytułu, a w razie braku odpowiednich przepisów, stosuje się ogólne zasady prawa powszechnego. Postanowienia tutaj zawarte stosuje się do wszystkich umów reklamowych, nawet kiedy dotyczą one czynności reklamowych nie zawartych w artykule 2.

Art. 8

W rozumieniu niniejszej ustawy:

- Reklamodawcą jest każda osoba fizyczna lub prawna, na której korzyść realizuje się reklamę.
- Agencją reklamową jest każda osoby fizyczna lub prawna, które zajmuje się w sposób profesjonalny i zorganizowany tworzeniem, przygotowaniem, prowadzeniem lub wykonaniem reklamy na rachunek reklamodawcy.
- Za media reklamowe uważa się osoby fizyczne lub prawne, publiczne albo prywatne, które w sposób codzienny i zorganizowany, zajmują się emisją reklamy przez nośniki lub środki przekazu społecznego których własność wykorzystują.

Art. 9

Środki przekazu zobowiązane są do wyraźnego oddzielenia przekazów reklamowych od tych, które rozpowszechniają w ramach swojej działalności informacyjnej. Również reklamodawcy powinni wyraźnie ujawnić charakter reklamowy swoich ogłoszeń.

Art. 10

Reklamodawca ma prawo do nadzorowania wykonania kampanii reklamowej.

W celu zagwarantowania tego prawa, organizacje non-profit tworzone zgodnie z prawem w formie trójstronnej przez reklamodawców, agencje reklamowe i środki przekazu, mogą kontrolować media reklamowe i w szczególności, liczbę wydawanych i sprzedawanych publikacji okresowych.

Poddanie się takiej kontroli ma charakter dobrowolny.

Art. 11

Umowy reklamowe nie mogą zawierać klauzul wyłączających, przypisujących lub ograniczających odpowiedzialność wobec osób trzecich, jaką mogą ponieść na siebie

strony w konsekwencji reklamy.

Art. 12

Uważa się za włączoną jakąkolwiek klauzulę, zgodnie z którą, bezpośrednio albo pośrednio, gwarantuje się dochód lub wyniki handlowe reklamy, albo w której przewiduje się odpowiedzialność z tego tytułu.

ROZDZIAŁ II

UMOWY REKLAMOWE

SEKCJA I. UMOWA O REKLAMĘ.

Art. 13

Umową o reklamę jest taka umowa, poprzez którą reklamodawca zobowiązuje agencję reklamową, do wykonania reklamy, jej utworzenia, przygotowania lub przeprowadzenia.

Kiedy agencja tworzy reklamę, stosuje się także przepisy dotyczące kontraktów o utworzenie reklamy.

Art. 14

Reklamodawca zobowiązany jest do powstrzymywania się od użycia do celów nie związanych z umową, jakichkolwiek informacji lub materiałów reklamowych dostarczonych przez agencję. Ten sam obowiązek spoczywa na agencji co do wszelkich informacji, które reklamodawca udostępnił w celu wykonania umowy.

Art. 15

Jeżeli reklama nie wypełniała w swoich zasadniczych elementach istotnych warunków umowy lub wyraźnych wskazań reklamodawcy, ten może domagać się obniżenia ceny lub powtórzenia całkowitego lub częściowego reklamy, w terminach uzgodnionych i w obu przypadkach odszkodowania za szkody, które poniósł.

Art. 16

Jeżeli agencja nieusprawiedliwienie nie realizuje świadczenia należnego albo wykona je po upływie ustalonego terminu, reklamodawca może rozwiązać umowę i żądać zwrotu zapłaconej kwoty, jak również odszkodowania za poniesione szkody i straty.

W ten sam sposób, jeśli reklamodawca rozwiązałby albo nie dotrzymałby w sposób nieusprawiedliwiony i jednostronny warunków umowy zawartej z agencją, wyłączając działanie siły wyższej, lub wykonałaby ją tylko częściowo lub wadliwie, agencja reklamowa może domagać się zapłaty odszkodowania za szkody i straty, jakich przez to doznała.

Wygaśnięcie umowy nie wpływa na prawa agencji z tytułu reklamy zrealizowanej przed niedotrzymaniem umowy.

SEKCJA II. UMOWA O EMISJĘ REKLAMY.

Art. 17

Umową o emisję reklamy jest taka umowa, poprzez którą, w zamian za wynagrodzenie którego wysokość ustala się w odpowiednich cennikach, określone media zobowiązują się na korzyść reklamodawcy lub agencji reklamowej, zezwolić na użycie w celach reklamowych, dysponowanych przez te media jednostek czasu lub przestrzeni i do rozwinięcia działalności technicznej w celu uzyskania wyniku reklamowego.

Art. 18

Jeśli medium, z przyczyn leżących po jego stronie, wykonuje zlecenie ze zmianą, w sposób wadliwy lub z pominięciem niektórych istotnych elementów, będzie zobowiązane do wykonania na nowo reklamy w terminach umówionych. Jeśli powtórzenie nie jest możliwe, reklamodawca lub agencja reklamowa mogą domagać się obniżenia ceny i zapłaty odszkodowania za powstałe szkody.

Art. 19

Za wyjątkiem siły wyższej, kiedy medium nie emituje reklamy, reklamodawca albo agencja mogą wybrać między późniejszą emisją reklamy na tych samych warunkach, lub wypowiedzeniem umowy ze zwrotem kwoty zapłaconej za reklamę niewyemitowaną. W obu wypadkach, medium zobowiązane jest do wypłaty odszkodowania za powstałe szkody i straty.

Jeżeli brak emisji był spowodowany przez reklamodawcę lub agencję reklamową, podmiot odpowiedzialny jest zobowiązany do zapłaty wynagrodzenia medium w wysokości pełnej ceny, chyba że przez cały lub częściowy okres czasu w jakim miała mieć miejsce emisja umówionej reklamy, medium wyemitowało inną reklamę.

SEKCJA III. UMOWA O UTWORZENIE REKLAMY.

Art. 20

Umową o utworzenie reklamy jest taka umowa, poprzez którą w zamian za wynagrodzenie, osoba fizyczna lub prawna zobowiązuje się na korzyść reklamodawcy lub agencji reklamowej, do obmyślenia i opracowania projektu kampanii reklamowej, jej części lub jakiegokolwiek innego z elementów reklamowych.

Art. 21

Projekty reklamowe korzystają z ochrony, wynikającej z prawa własności przemysłowej lub intelektualnej, kiedy spełniają wymogi przewidziane przez normy obowiązujące.

Tym niemniej ustanowione w paragrafie poprzednim, prawa do wykorzystywania

projektów reklamowych będą uważane, w przypadku braku odmiennych postanowień umownych, za odstąpione wyłącznie reklamodawcy albo agencji, na mocy umowy o projekt reklamowy i dla celów w nim przewidzianych.

SEKCJA IV. UMOWA PATRONACKA (SPONSORING).

Art. 22

Umowa patronatu (sponsoringu) reklamowego to taka umowa, poprzez którą w zamian za pomoc materialną w realizacji swojej działalności sportowej, dobroczynnej, kulturalnej, naukowej lub innego typu, zobowiązuje się do współpracy w reklamie sponsora.

Do umowy patronatu reklamowego stosuje się przepisy dotyczące umowy o emisję reklamy, jeżeli tylko możliwe jest ich zastosowanie.

ROZDZIAŁ IV

CZYNNOŚCI ZMIERZAJĄCE DO WSTRZYMANIA REKLAMY, JEJ SPROSTOWANIA, PRZEBIEG POSTĘPOWANIA.

Art. 25 uchylony.

Art. 26 uchylony.

Art. 27 uchylony.

Art. 28 uchylony.

Art. 29 uchylony.

Art. 30 uchylony.

Art. 31 uchylony.

Art. 32 uchylony.

Art. 33 uchylony.

POSTANOWIENIA DODATKOWE.

POSTANOWIENIA PRZEJŚCIOWE.

Przepis, które regulują reklamę produktów o których mowa w art. 8 pozostają w mocy do czasu przystąpienia do ich zmiany w celu ich dostosowania do postanowień niniejszej ustawy.

POSTANOWIENIA DEROGUJĄCE.

Utrzymuje się derogację ustawy 61/1964 z 11 lipca 1964 r., poprzez którą zatwierdza się Statut reklamy oraz postanowienia niezgodne z niniejszą ustawą.

BIBLIOGRAFIA

I. Literatura obcojęzyczna.

1. Josep Aguiló Regla, *Teoría general de las fuentes del Derecho (y el orden jurídico)*, Barcelona 2000 r.
2. Alberto Alonso Ureba red., *Código comercio y leyes mercantiles*, Madryt 2007 r.
3. Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999 r.
4. Olga Cabrero, *Features - a guide to Spanish Legal System*, opublikowano 15 stycznia 2002 r.
5. Lord Campbell of Alloway, Zahd Yaquub, *European handbook of advertising law*, Londyn 1999 r.
6. Juan Casulá, *Principales novedades de la Ley General de Publicidad*, 2010 r.
7. José María de la Cuesta Rute, *Curso de derecho de la publicidad*, Pamplona 2002 r.
8. Jose Luis Garcia Guerrero, *La publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordenamiento constitucional Español*, Revista Española de derecho constitucional, mayo-agosto 1997 r.
9. Luis González Vaqué, *La noción de consumidor medio según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de Las Comunidades Europeas*, Revista de Derecho Comunitario Europeo, numero 17, 2004 r.
10. Mariola García – Uceda, *Las claves de la publicidad*, Madryt 2008 r.
11. Guillermo J. Jiménez Sánchez, *Derecho mercantil I*, Barcelona 2009 r.
12. Isabel Lázaro Gónzález, Ignacio Mayoral Narros, *Infancia, publicidad y consumo*, Madryt 2005 r.
13. Mabel López García, *La publicidad y el derecho a la información en el comercio electrónico*, 2004 r.
14. Pedro Pablo Gutiérrez González, David Pedreira Sánchez, Miriam Velo Miranda, *Diccionario de la publicidad*, Madryt 2005 r.
15. María Luisa Llobregat Hurtado, *Temas de propiedad industrial*, Madryt 2007 r.
16. Juan José Marín López, Rafael Sánchez Aristi, *La protección jurídica de los consumidores*, Madryt 2003 r.
17. Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009 r.
18. João Miranda de Sousa, Patricia Herrero, *Mapping the labyrinth: advertising regulation in Spain*, World Trademark Review, grudzień/styczeń 2010 r.

19. Luis Prieto Sanchís, *Introducción al derecho*, Castilla – La Mancha 1996 r.
20. Juan José Solozábal Echavarría, *Revista Española de derecho constitucional, La libertad de expresión desde la teoría de los derechos fundamentales*, nr 32, 1991 r.
21. Ignacio Rodríguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008 r.
22. Pedro Ángel Rubio Lara, *Parte especial de derecho penal económico español*, Madryt 2006 r.

II. Literatura polskojęzyczna.

1. Justyna Balcarczyk, *Prawo do wizerunku i jego komercjalizacja: studium cywilnoprawne*, Kraków 2009 r.
2. Jan Barcz red. *Prawo Unii Europejskiej*, Warszawa 2004 r.
3. Tomasz Bukowski *Klauzule generalne w prawie cywilnym. O konieczności stworzenia katalogu zasad współżycia społecznego*. *Monitor Prawniczy* 24/2008 r.
4. Ewa Nowińska, *Zwalczanie nieuczciwej reklamy. Zagadnienia cywilno – prawne*, Kraków 2002 r.
5. Janusz Szwaja red., Andrzej Jakubecki, Marian Kępiński, Marek Mozgawa, Maria Poźniak – Niedzielska, Tadeusz Skoczny, Ryszard Skubisz, Stanisław Sołtysiński, Irena Wiszniewska, *Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Komentarz.*, Warszawa 2006
6. Maria Supera- Markowska, *Zarys prawa hiszpańskiego i prawa polskiego*, Warszawa 2009 r.

III. Akty normatywne.

a) Ustawodawstwo hiszpańskie.

1. *Código Civil* - Kodeks cywilny z 25 lipca 1889 r.
2. *Ley 61/1964* - Statut reklamy z 11 czerwca 1964 r.
3. *Real Decreto 1100/1978* – Dekret królewski z 12 maja 1978 r. regulujący reklamę tytoniu i napojów alkoholowych w państwowych środkach przekazu.
4. *La Constitución Española* - Konstytucja hiszpańska z 29 listopada 1978 r.
5. *Ley Orgánica 1/1982* – Ustawa z 5 maja 1982 r. o cywilnej ochronie honoru, prywatności i wizerunku.
6. *Real Decreto 192/1988* – Dekret królewski z 4 marca 1988 w sprawie ograniczeń dotyczących sprzedaży i wykorzystania tytoniu w celu ochrony zdrowia ludności (następnie modyfikowany przez *Real Decreto 1293/1999* z 24 lipca 1999 r.

7. *Ley 34/1988 General de Publicidad* - Ustawa o reklamie z 11 listopada 1988 r.
8. *Ley 3/1991 de Competencia Desleal* - Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 10 stycznia 1991 r.
9. *Real Decreto 1416/1994* – Dekret królewski z 25 czerwca 1994 r. regulujący reklamę produktów paczniczych przeznaczonych dla ludzi.
10. *Ley Orgánica 10/1995 del Código Penal* – Kodeks karny z 23 listopada 1995 r.
11. *Ley Orgánica 1/1996* – ustawa z 15 stycznia o ochronie małoletnich, zmieniająca częściowo Kodeks Cywilny i Postępowanie cywilne.
12. *Ley 2/1996* – galicyjska ustawa z 8 maja 1996 w sprawie narkotyków.
13. *Ley 1/1998* – andaluzyjska ustawa z 20 kwietnia 1998 r. o prawach nieletnich.
14. *Ley 3/1999* – ustawa z 31 marca 1999 r. o nieletnich Castilla – La Mancha.
15. *Ley 22/1999* – ustawa z 7 czerwca modyfikująca ustawę 25/1994 z 12 lipca, poprzez którą włącza się do hiszpańskiego porządku prawnego Dyrektywę 89/552/EWG w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych państw członkowskich, dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej.
16. *Ley 39/2002*- ustawa z 28 października w sprawie transpozycji do hiszpańskiego porządku prawnego rozmaitych dyrektyw wspólnotowych w przedmiocie ochrony interesów konsumentów.
17. *Ley 28/2005* – ustawa z 26 grudnia 2005 r. w sprawie środków sanitarnych podjętych wobec palenia tytoniu, regulującej sprzedaż wyrobów tytoniowych, ich konsumpcję oraz reklamę.
18. *Ley 29/2006* – ustawa z 26 lipca 2006 o gwarancjach i racjonalnym użyciu produktów leczniczych i sanitarnych.
19. *Ley 19/2007* – ustawa z 11 lipca 2007 r. przeciwko przemocy, rasizmowi, ksenofobii i nietolerancji w sporcie.
20. *Real Decreto Legislativo 1/2007* – Dekret królewski z 16 listopada 2007 r. poprzez który zatwierdza się przekształcony tekst ustawy o ochronie konsumentów i użytkowników.
21. *Ley 29/2009* – ustawa z 30 grudnia modyfikująca ustawę o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji oraz ustawę o reklamie, w celu zapewnienia lepszej ochrony konsumentów i użytkowników.

b) Ustawodawstwo wspólnotowe (unijne).

1. Dyrektywa Rady Nr 84/450/EWG z dnia 10 września 1984 r. w sprawie ujednolicenia przepisów prawnych i administracyjnych Państw członkowskich dotyczących reklamy wprowadzającej w błąd.
2. Dyrektywa Rady 89/552/EWG z dnia 3 października 1989 r. w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw

Członkowskich dotyczących prowadzenia działalności w zakresie nadawania programów telewizyjnych.

3. Dyrektywa Nr 92/28/EWG z 31 marca 1992 w sprawie reklamy produktów leczniczych przeznaczonych dla ludzi.

4. Europejska Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności z 3 września 1953 r. (Dz. U. 1993 r. Nr 61 poz. 284).

5. Dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 97/36/WE z 30 czerwca 1997 r. zmieniająca dyrektywę Rady 89/552/EWG, w sprawie koordynacji niektórych przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych Państw Członkowskich dotyczących wykonywania telewizyjnej działalności transmisyjnej.

6. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 97/55/WE z 6 października 1997 roku zmieniająca Dyrektywę Nr 84/450/EWG dotyczącą reklamy wprowadzającej w błąd w celu uwzględnienia reklamy porównawczej.

7. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady Nr 2005/29/WE z dnia 11 maja 2005 r. dotycząca nieuczciwych praktyk handlowych stosowanych przez przedsiębiorstwa wobec konsumentów na rynku wewnętrznym.

c) Ustawodawstwo polskie.

1. Konstytucja RP z 2 kwietnia 1997 r. (Dz. U. 1997 r. Nr 78 poz. 483).

2. Ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji z 16 kwietnia 1993 r. (Dz. U. 2003 r. Nr 153 poz. 1503).

IV. Orzecznictwo.

a) orzecznictwo hiszpańskie.

1. Wyrok Trybunału Konstytucyjnego o sygnaturze: STC 146/1996 z 19 września 1996 r., BOE nr 254 z 21 października 1996 r.

2. Wyrok hiszpańskiego Trybunału Konstytucyjnego o sygnaturze: STC 87/1987 z 2 czerwca 1987 r., (podobnie w wyroku z 17 kwietnia 1989) opublikowany w BOE 25 czerwca 1987 r.

3. Wyrok hiszpańskiego Sądu Najwyższego, sygnatura: RJ 1988/7252 z 23 września 1988 r. (powoływany w: Jose Luis Garcia Guerrero, *La publicidad como vertiente de la libertad de expresion en el ordenamiento constitucional Español*, Revista Española de derecho constitucional, mayo-agosto 1997 r.)

4. Wyrok Sądu Najwyższego, sygnatura: RJ 1997/1195 z 24 lutego 1997 r. (http://www.unizar.es/departamentos/derecho_empresa/primer_segundo_ciclo/titulacion_es/documents/32_2.pdf)

5. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w Alicante z dnia 3 marca 1992 r. (Silvia Barona Vilar, *Tutela civil i penal de la publicidad*, València 1999, str. 75)

6. Wyrok Sądu okręgowego w Granadzie o sygnaturze: AC 2004/1.328 z 18 czerwca

2004 r. (Powołany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 102).

7. Wyrok Sądu okręgowego w Alicante z 16 marca 1994 r. w sprawie krzesełek dla dzieci firmy „Feber”(Powołany w: Fernando Martínez Sanz, *Comentario práctico a la Ley de Competencia Desleal*, Madryt 2009, str. 104).

10. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji w Barcelonie, nr 43, sprawa lay's mediterraneos, powołany w: Ignacio Rodríguez del Bosque, Ana Suárez Vázquez, María del Mar García de los Salmones *Dirección publicitaria*, Barcelona 2008 r.

b) orzecznictwo europejskie.

1. Orzeczenie Europejskiego Trybunału Praw Człowieka w sprawie Casado Coca przeciwko Hiszpanii, wyrok z 24 lutego 1994 r. (tekst orzeczenia dostępny w bazie: <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>).

2. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji z 28 marca 2001 r. w sprawie T-144/99 (źródło: <http://eur-lex.europa.eu/>).

V. Źródła internetowe:

1. http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf
2. <http://www.auc.es/Documentos/Publicaciones/alcohol.pdf>
3. <http://noticias.juridicas.com>
4. www.rae.es
5. <http://ares.cnice.mec.es/informes/12/contenido/pagina%2042.htm#3.3>
6. <http://www.llrx.com/features/spain.htm#sources>
7. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/6/REDC_050_077.pdf
8. <http://www.mityc.es/dgdsi/mediosaudiovisuales/contenidos/ProteccionMenor/Documents/CriteriosTV.pdf>
9. http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf
10. http://www.autocontrol.es/pdfs/cod_%20Paos.pdf
11. http://ec.europa.eu/avpolicy/docs/library/studies/finalised/studpdf/minadv_es.pdf
12. http://www.cepc.es/rap/Publicaciones/Revistas/4/RDC_017_047.pdf
13. <http://eur->

lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=CELEX:61999A0144:EN:HTML

14. http://www.autocontrol.es/pdfs/Cod_conducta_publicitaria.pdf

15. <http://books.google.pl/bkshp?hl=pl&tab=wp>

16. <http://www.diariojuridico.com/opinion/principales-novedades-de-la-ley-general-de-publicidad.html>

17. <http://www.eumed.net/cursecon/libreria/2004/mlg/index.htm>

18. <http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/search.asp?skin=hudoc-en>

Oświadczenie

Świadoma odpowiedzialności oświadczam, że przedkładana magisterska praca dyplomowa pt.: **Hiszpańskie prawo reklamy**

została napisana przeze mnie samodzielnie. Jednocześnie oświadczam, że ww. praca nie narusza praw autorskich w rozumieniu ustawy z dnia 4.04.1994r. o prawie autorskim i prawach pokrewnych (Dz.U. z 2006r. Nr 90. poz. 631 ze zm.) oraz dóbr osobistych chronionych prawem cywilnym.

Przedłożona praca nie zawiera danych empirycznych ani też informacji, które uzyskałam w sposób niedozwolony. Stwierdzam, że przedstawiona praca w całości ani też w części nie była wcześniej podstawą żadnej innej urzędowej procedury związanej z nadawaniem dyplomu uczelni ani też tytułów zawodowych.

.....